

DE LA DEMANDE EN JUSTICE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement dans la salle des actes

de la FACULTE de DROIT le 13 Mars 1937 à 14 heures

PAR

Jean ZARZYCKI

JURY DE LA THÈSE

Président : M. A. PRUDHOMME, professeur

Suffragants { *MM. GOMBEAUX, professeur*
BESNIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^e)

1937

Tous droits réservés

ERRATA

Page 27, note 28, 5^e ligne, *lire* :

« Litis Contestatio » augmenter ou changer sa demande;
« il était, en effet, permis de varier « En court laye avant
« cognoissance ou avant négation en cause. »

Page 81, 25^e ligne, *lire* :

« Il est rare que le demandeur diminue son droit... »

Page 171, 10^e ligne, *lire* :

« par le demandeur au Juge est-elle donc l'acte... »

Page 201, 23^e ligne, *lire* :

« dès lors qu'elle constate l'existence du préjudice et... »

Page 210, 13^e ligne, *lire* :

« responsabilité basées sur l'article 1382 et de celle repo-
« sant sur l'article 1384 ne sont pas identiques, cependant
« il faut reconnaître que la demande fondée sur l'arti-
« cle 1384 contient virtuellement celle... »

Page 227, 20^e ligne, *lire* :

« parce que maîtresses des droits dont elle est... »

DE LA DEMANDE EN JUSTICE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA DEMANDE EN JUSTICE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement dans la salle des actes

de la FACULTE de DROIT le 13 Mars 1937 à 14 heures

PAR

Jean ZARZYCKI

JURY DE LA THÈSE

Président : M. A. PRUDHOMME, professeur

Suffragants { MM. GOMBEAUX, professeur
BESNIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^e)

—
1937

Tous droits réservés

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1936-1937

DOYEN :

M. Henry NEZARD (*, I ȳ).

DOYEN HONORAIRE :

M. Eustache PILON (*, I ȳ).

ASSESSEUR DU DOYEN :

M. GOMBEAUX (*, I ȳ).

PROFESSEURS HONORAIRES

MM. CABOUAT (O *, I ȳ) DEGOIS (I ȳ)

PROFESSEURS

MM. NEZARD (*, I ȳ).	Professeur de Droit administratif, chargé du Cours de Législation minière
GOMBEAUX (*, I ȳ).	Professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé
BRIDREY (*, I ȳ).	Professeur de Droit romain, chargé du Cours d'Histoire du Droit public
LEPARGNEUR (*, I ȳ).	Professeur de Droit Commercial
LEMONNIER (I ȳ).	Professeur de Droit civil
PERREAU (ȳ).	Professeur de Droit criminel, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé
LAMPUE (ȳ).	Professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel
YVER.	Professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé, chargé du Cours d'Histoire de la Coutume de Normandie
PRUDHOMME (*, ȳ, ȳ).	Professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution.
FREJAVILLE.	Professeur de Droit civil, chargé du Cours de Notariat et enregistrement
SAINT-GERMES.	Professeur d'Economie politique
BESNIER.	Professeur de Droit romain
LEDUC.	Professeur d'Economie politique, chargé du Cours d'Histoire des Doctrines économiques et du Cours de Législation financière
PERCEROU.	Agrégé, chargé du Cours de Droit maritime et du Cours de Législation industrielle

SECRETAIRE

M. ROUX (I ȳ, ȳ, ȳ). Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



DE LA DEMANDE EN JUSTICE

INTRODUCTION

« *La Procédure* », a écrit Pothier, « est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, se pourvoir contre les jugements et les exécuter ». La Procédure, de par l'éthymologie même du terme, implique l'idée d'une marche à suivre. C'est qu'en effet la solution d'un procès suppose une longue série d'actes successifs émanant soit des parties en cause, soit des Juges saisis du litige, actes qui ont pour but de formuler les prétentions des plaideurs, d'éclairer l'intelligence du Tribunal commis pour dire le Droit et de permettre au Juges de remplir, en parfaite connaissance de cause, la fonction juridictionnelle qu'ils tiennent de l'Etat ⁽¹⁾.

De ces multiples phases d'une affaire contentieuse que réunissait dans sa définition célèbre le Grand Jurisconsulte, c'est à la première, « La Demande en Justice », qu'est consacré ce travail.

Le Législateur détermine les droits des Citoyens ; il se doit aussi de leur donner les moyens de les faire respecter. Parmi les voies de droit qu'il offre à leur disposition, l'action en justice est le moyen le plus général et aussi le plus énergique. En effet, l'action

(1) Sur le rôle social de la procédure, voir : P. VIOLET, *Etablissements de Saint-Louis* (1881), t. 1, p. 179. — TISSIER : *Rôle social de la procédure civile dans les méthodes juridiques* (1911), p. 112.

est « la voie de droit par laquelle une personne est autorisée à réclamer ou à poursuivre en justice contentieuse ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû » (2). Or, c'est justement la demande en justice qui sera la mise en œuvre, l'expression préliminaire et pratique de l'action. L'action a donc une nature générale, la demande, au contraire, est essentiellement individualiste et personnelle à son auteur. C'est un droit propre pour tout Citoyen de s'adresser à justice. Et, en effet, tout individu étant seul maître de ses droits, est libre de les exercer en justice s'ils deviennent litigieux ; c'est par la demande qu'il les déférera à l'appréciation de l'autorité judiciaire. Cette activité du justiciable ne se heurtera à aucune activité concurrente du pouvoir judiciaire. L'assignation, par laquelle le demandeur formera sa réclamation déterminera l'objet du procès, énoncera la cause juridique sur laquelle il fonde son droit et précisera les moyens qu'il juge les plus convaincants pour assurer le succès de son instance, est l'œuvre exclusive de la partie qui la formule. Le Tribunal n'intervient point pour dire son mot, conseiller le plaideur qui procède, ni même faire de la demande sa chose ; son rôle alors est passif. C'est qu'en effet nous jouissons sur l'exercice du droit litigieux du même droit de propriété exclusive que sur les droits que nous tenons de la loi. L'Ordonnance royale de 1667 avait déjà reconnu ce principe ; le Législateur de 1807 le consacra définitivement, en vertu du principe de l'individualisme prôné par la déclaration des droits de 1789. Et ce droit personnel du plaideur sur la demande subsistera pendant tout le cours du procès jusqu'au jugement. En formant sa demande la partie ouvre une instance, c'est-à-dire qu'elle crée un état de droit

(2) AUBRY et RAU. 5^e édition, t. 12, § 746.

dans lequel elle implique volontairement son adversaire et ses Juges. Mais, un lien contractuel pas plus qu'un rapport juridique quasi-contractuel ne vont unir les deux plaideurs ; l'instance restera toujours la chose propre de celui qui l'a créée et qui en sera le seul Maître, parce qu'unilatérale elle consiste dans la mise en demeure signifiée au défendeur d'avoir à comparaître pour qu'il soit jugé contradictoirement par le Tribunal sur la prétention du demandeur.

Cette instance contraint les Juges à exercer la fonction juridictionnelle qu'ils tiennent de l'Etat ; ils ne peuvent s'y dérober ; les limites de leur activité juridictionnelle sont tracées par la demande. Le Tribunal est saisi par le Justiciable, il ne peut se saisir lui-même pour régulariser le procès à son gré, sa mission très précise est de statuer quand les parties le lui impartissent et sur les droits soumis à son jugement.

Et ainsi, le demandeur en justice conservera le procès comme sa chose et non celle de l'Etat. La demande se rattache ainsi au droit privé ; sans doute la Procédure civile a-t-elle des affinités certaines avec le Droit public, mais, cependant, malgré la tendance, évidente à l'heure actuelle, de vouloir resserrer encore le lien de la procédure avec le droit public, la demande n'en conserve pas moins son caractère strictement individualiste et personnel à son auteur.

Et, en effet, depuis 1807, la demande (cette base, cette pierre fondamentale de l'instruction, comme la désignait Treilhard) a toujours conservé cet attribut de personnalité ; elle n'a jamais encore subi dans son principe la moindre retouche législative ni même été aux prises avec une interprétation plus ou moins tendancieuse de la Jurisprudence. Sans doute, nous objectera-t-on, en matière procédurale, l'activité légis-

lative est réduite en comparaison de celle qui s'est manifestée en droit civil ou en droit commercial, par exemple. Toutefois, certaines lois sont bien venues modifier les règles de la compétence, celles de l'Organisation judiciaire, la procédure des défauts et des nullités.

Or, la demande en justice dans sa nature et ses effets est restée intacte, et, à notre connaissance, elle passera sans heurt ni atteintes dans ses principes le cap de la réforme du Code de procédure actuellement à l'ordre du jour.

Mais, où trouver, alors, les raisons de cette pérennité de la théorie de la « Demande en Justice » ? cherchons-là, à notre avis, dans la fonction dévolue aux juridictions civiles ; leur mission est très nette : statuer sur les procès que leur soumettent les plaideurs et dire le Droit. La Justice civile n'est pas inquisitive comme la Justice pénale parce que l'ordre public n'est point en cause ; l'Etat, et par là même, les tribunaux qu'il a institués, ne peuvent s'attribuer les droits personnels des particuliers ; ils n'ont à en connaître que si les plaideurs ont décidé de les en saisir en raison de leur caractère litigieux parce que nul ne doit se rendre justice à lui-même. Seul le justiciable met en mouvement la machine judiciaire parce que l'initiative de l'instance, son organisation, sa marche, sa délimitation n'appartiennent qu'à lui seul ; tel sera le fond même de ce travail consacré à l'étude de la nature et des effets de la « Demande en Justice ».

Toutefois, on ne saurait, en aucune matière, en procédure moins qu'en toute autre, négliger les enseignements de l'histoire. Et nous avons jugé intéressant d'y faire appel pour rechercher si les caractères fondamentaux de la demande en justice que nous

avons tenu à souligner, dans cette introduction, pré-existaient dans le Droit romain et l'ancien Droit français. Nous consacrerons donc une partie préliminaire à l'étude de la nature et des effets de la « Demande en Justice » tant à Rome que dans l'ancienne France.

PARTIE PRÉLIMINAIRE

**Aperçu historique
sur la demande en justice**



DROIT ROMAIN

Dans la législation romaine, la Procédure se lie très étroitement au développement du Droit en lui-même, et son action ne se borne pas, comme ailleurs, à faire passer de la théorie dans la vie réelle les règles établies par le Législateur.

Entre les mains du magistrat qui la dirige avec des pouvoirs dont la nature et l'étendue diffèrent sous tant de rapports de ce qui existe de nos jours, la Procédure, à Rome, voit son rôle et sa mission s'élargir. Un jurisconsulte de l'époque classique a dit que le « *Jus honorarium* », c'est-à-dire précisément cette partie du Droit qui avait sa source dans les pouvoirs que donnait aux magistrats la haute administration de la Justice, était la voie vivante du Droit civil : « *Nam ipsum jus honorarium vox est juris civilis* ».

De cette affinité très intime de la Procédure et du Droit civil, résulte, nous semble-t-il, la confusion du Droit et de l'Action. Il nous doit donc d'expliquer ce que nous entendons par la confusion en Droit romain du Droit et de l'Action, et de rechercher les effets qu'elle emporte sur la nature et les caractères de la Demande en Justice dans la Procédure romaine.

La Demande en Justice devra, en effet, son caractère impersonnel et relatif, impersonnel quant à son auteur et relatif quant à son objet, à cette confusion du Droit et de l'Action.

TITRE PREMIER

LA CONFUSION DU DROIT ET DE L'ACTION REVET LA DEMANDE EN JUSTICE D'UN CARACTERE IMPERSONNEL ET RELATIF

L'Action ne désigne pas, à Rome, le droit reconnu à une personne de réclamer en justice ce qui lui est dû ou ce qui lui appartient ; cette notion que nous avons de nos jours de l'Action qui est ainsi la sanction d'un autre droit, droit réel ou de créance, est inconnu des Romains ; elle apparaîtra, sans doute, au Bas-Empire mais encore ne sera-t-elle point aussi nette qu'aujourd'hui.

Tout droit, en effet, à présent, est sanctionné par une voie de Droit générale, personnelle à son auteur, et cette voie de droit est l'action ; mais à Rome, il n'en est point de même ; le Législateur ou le Prêteur en promulgant telle loi ou tel édit crée une action propre au droit ainsi conféré. Le citoyen romain désireux d'assurer le respect du droit dont il peut se prévaloir ne sera fondé à agir que s'il existe une action appropriée à sa demande, car autant de Droits autant d'Actions. Chaque action empruntera donc au droit qu'elle sanctionne ses traits caractéristiques ; on ne se préoccupera pas de la nature du droit contesté au point de vue de la compétence (comme de nos jours), mais le rapport entre le Droit et l'Action est si intime, que l'on conclut souvent de l'existence de l'Action à celle du Droit ; on a même soutenu qu'en Droit romain comme en nombre de législations primitives l'Action précédait le Droit ⁽¹⁾.

(1) M. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile* (1932), p. 35.

La confusion du Droit et de l'Action apparaît dans la Procédure des *Legis actiones*, ainsi que dans la Procédure par formule.

Les *Legis actiones*, en effet, sont des procédures légales qui ne peuvent être employées pour faire valoir les divers droits qu'elles sanctionnent qu'en vertu d'une loi expresse (*nulla legis actio sine lege*) ; Gaius, dont les *Institutes* sont les principales sources pour l'étude des « Actions de la Loi », nous en révèle cinq (2), et nous dit qu'elles sont des procédures établies par une loi positive, des procédures légales, car leur nom vient de ce qu'elles ne peuvent être intentées qu'en vertu d'une loi expresse (3).

Ces formes étaient imaginées et directement établies par la loi, sur laquelle elles étaient calquées aussi exactement que possible, c'est-à-dire accommodées aux termes dont celle-ci s'était servie pour déterminer les droits, leur étendue, leur établissement et leurs effets (4).

A la Procédure des *Legis Actiones* va succéder la Procédure par formule, qui, créée par la loi *Aebutia*, restera en vigueur jusqu'au temps de Dioclétien ; une fois constituée, cette procédure prendra un grand essor, le Prêteur ne se bornant pas à rendre des « *Judicia* » d'espèce dans les cas concrets qui pouvaient se présenter, mais en appelant aux pouvoirs à lui conférés par la loi *Aebutia* pour composer des schémas abstraits de formules, s'appliquant soit à des actions de l'Ancien Droit, soit à de nouvelles Actions qu'il introduisait dans la pratique en permettant de par son édit de délivrer ces formules dans des

(2) GAIUS, 4, 12 : « *Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem* ».

(3) GAIUS, 4, 11.

(4) GAIUS, 4, 21. — AULU-GELLE, XX, 1, 10.

cas déterminés et précis. Le formalisme de l'ancienne Procédure, formalisme outrancier et redoutable pour la partie qui devait s'y soumettre, disparaîtra en majeure partie ; mais, le lien intime du Droit et de l'Action subsistera cependant ; pour tel droit, telle formule, et le plaideur ne pourra agir en Justice que s'il peut justifier d'une formule appropriée à son action ; le magistrat, de son côté, ne saurait accorder d'action quand la loi ne le lui permet pas, ni en refuser si la loi le prescrit ⁽⁵⁾.

§ 1. — Aussi bien à l'époque de la procédure des *Legis actiones* que sous le règne de la procédure formulaire, les parties ne jouissaient pas à Rome de cette prérogative (absolue de nos jours) d'introduire en justice, de leur propre chef et à leur seul gré, leur demande, ni d'ouvrir l'instance qu'elles désiraient tenter.

La Demande en Justice, alors, était dépourvue du caractère de personnalité qui lui est reconnu aujourd'hui. Le demandeur ne semblait pas le maître de sa demande parce que son droit d'appeler son adversaire à la barre était limité par le Législateur, le Prêteur ou le Magistrat. En obligeant le plaideur à choisir l'action de la loi ou la formule, l'Autorité législative ou prétoriale octroyait elle-même aux citoyens romains une Demande en Justice, en restreignant leurs droits. La demande n'apparaissait pas, de ce chef, comme l'un des fiefs inaltérables des parties ⁽⁶⁾.

C'était le Magistrat. d'autre part, qui par une instruction écrite, la formule, constituait le juge, fixait les conditions que celui-ci avait à résoudre, et déterminait les principes de Droit qu'il devait appliquer.

(5) GIRARD, *Organisation judiciaire* 1, p. 68, 70, 195, 198.

(6) Voir MONIER : *Traité de Droit Romain*, Tome 1.

En publiant, lors de son entrée en fonctions, dans son « album » et par ordre de matières, nombre de formules, le Prêteur limitait les droits du demandeur ; celui-ci devait choisir parmi ces formules l'action qu'il entendait exercer, mais, sans doute, pouvait revenir sur son option tant que le Magistrat ne lui avait point délivré la formule. Le Magistrat décidait, en effet, s'il devait accorder l'action sollicitée par le demandeur, l'exception réclamée par le défendeur, plus largement, s'il devait délivrer la formule et dans quels termes, car le Magistrat pouvait s'y refuser s'il était certain d'avance que cette délivrance ne servirait à rien au demandeur ou aboutirait à l'absolution du défendeur.

En un mot, la Demande en Justice dans ces deux systèmes de Procédures, de par le fait même de la confusion du Droit et de l'Action, était libellée bien plus par le Prêteur ou le Magistrat que par le plaideur lui-même.

Il nous faudra attendre la réforme attribuée à une constitution des Empereurs Dioclétien et Maximien ⁽⁷⁾ pour entrevoir la véritable notion de l'Action qui ne consistera plus dans le droit de s'adresser au juge investi par le Magistrat du « munus judicandi », mais dans la faculté de recourir à la Justice publique pour faire respecter un droit reconnu et obtenir, s'il y a lieu, la réparation du préjudice causé ⁽⁸⁾. Le plaideur sera désormais le maître de sa « *litis denuntiatio* » qu'il notifiera au défendeur pour lui faire connaître l'objet de sa demande. A dater de Constantin, cette « *litis denuntiatio* » sera rédigée ou constatée, comme de nos jours, par un officier public ⁽⁹⁾. Ce mode de citation apparaîtra encore dans

(7) ACCARIAS. Précis II, n° 783.

(8) CUG. II. p. 870.

(9) Loi 2. Code Théodosien, II, 4

les Nouvelles post-théodosiennes et dans le livre syro-romain pour être remplacé sous Justinien par le « libellus conventionnis » ⁽¹⁰⁾. Cet acte sera rédigé par le plaideur seul.

§ 2. — Si la Demande en Justice sous la Procédure des legis actiones ou le système formulaire romain n'était pas personnelle à la partie qui l'intentait, elle ne présentait pas davantage comme de nos jours un caractère de généralité quant à son objet. Les plaideurs ne pouvaient pas invoquer dans leur demande tous les droits dont ils entendaient se prévaloir ; la Demande, à Rome, était limitée quant à son objet par le texte même de l'action de la loi ou de la formule, texte qui, comme nous l'avons démontré précédemment, n'était pas rédigé par le demandeur. Ce dernier devait, en effet, s'en rapporter à l'édiction prétoriale ou à l'estimation du Magistrat. On ne pouvait par une même action de la loi former qu'une seule demande et celui qui avait plusieurs prétentions à faire valoir contre un même adversaire devait intenter autant d'actions distinctes. Il était même défendu d'accomplir deux fois pour une même affaire les solennités d'une même action de la loi : « bis de eadem re ne sit actio ».

La sanction était rigoureuse, c'était la perte du procès, et cette défense de répéter une action de la loi s'appliquait en matière réelle comme en matière personnelle et s'adressait aux deux plaideurs.

La Demande en Justice conservera cet attribut de relativité sous le système formulaire. Toute formule, en effet, suppose, en principe, un caractère concret de droit reconnu quant à sa nature par le Droit civil, et soumis quant à son existence par ce même droit à

(10) Instituts. IV. 6, 24.

diverses conditions. Le demandeur ne sera donc point maître de revendiquer tel ou tel droit mais devra se soumettre à l'arbitrage du Magistrat qui d'office sera libre de lui refuser la formule. Si cette formule lui est allouée, elle sera nette, déterminée et visera telle prétention précise ⁽¹¹⁾.

TITRE DEUXIÈME

LA DEMANDE EN JUSTICE N'OUVRE PAS L'INSTANCE ; L'INSTANCE NAIT D'UN CONTRAT EMPORTANT NOVATION (« LITIS CONTESTATIO »)

La Demande en Justice n'étant pas à Rome le propre des plaideurs, il paraissait normal qu'elle n'ouvrit pas l'Instance ; celle-ci, en effet, était la résultante d'un contrat passé par les parties en la présence du Magistrat et qui avait nom : « litis contestatio ».

Dans le système des *Legis Actiones*, la « litis contestatio » n'était qu'un appel au témoignage de l'assistance, appel fait en des termes consacrés et qui permettait ainsi aux parties d'avoir la preuve que les solennités de la *Legis actio* avaient été régulièrement accomplies, et le signifier au *Judex* qui n'assistait pas à la première partie du procès et ne recevait pas davantage (comme sous la procédure formulaire), une instruction écrite destinée à lui tracer son devoir en même temps qu'à lui indiquer le point précis du litige.

(11) *GAIUS*, IV, 34, 38, 46.

C'étaient, ici, les parties elles-mêmes qui instruisaient ce Judex de ce qui s'était passé, mais, en raison du formalisme compliqué, des contradictions pouvaient surgir entre les parties ; la « *litis contestatio* » y remédiait en servant de preuve, mais en même temps, et là se tient toute son importance, la « *litis contestatio* » ouvrait l'Instance en liant le débat parce que c'était à ce moment-là que devait se placer le Judex pour apprécier les prétentions qui lui étaient soumises.

C'est surtout dans la procédure par formule qu'apparaîtra clairement le rôle de la « *litiscontestatio* », et principalement son caractère contractuel, d'où naîtra l'Instance, ce qui faisait dire à Ihering : « La « *litis contestatio* » est le fondement de toute la procédure romaine » ⁽¹²⁾.

La « *litis contestatio* » n'était pas, en effet, un acte unilatéral mais l'œuvre des deux parties et, dit Ulpien : « *Si inter primum et secundum sit lis contestata* ». Pour Cicéron et Plaute, la « *litis contestatio* » était un engagement contractuel ⁽¹³⁾, un contrat en vertu duquel le défendeur acceptait la formule que lui dictait le demandeur, et ce contrat liait le débat, en ouvrant l'Instance, parce qu'il renforçait l'échange des consentements des parties devant le Juge. Ainsi « le demandeur proposait au défendeur d'accepter comme base de leurs rapports futurs la formule dans laquelle il avait renfermé sa prétention et dont le sort de laquelle dépendait l'issue du procès ; cette proposition constituait « l'actionis edictio » ; elle tendait à « *rem in iudicium deducere* ». Si le défendeur acceptait, la « *litis contestatio* » était consommée, l'Instance liée » ⁽³⁾.

(12) IHERING, *Esprit du Droit Romain*, I p. 173, (Traduction Meulenaere).

(13) CICÉRON, « *De Legibus* », III 3.

(14) CUQ, « *Institutions juridiques des romains* ». 1902, II. p. 753.

En fixant le litige, la « *litis contestatio* » faisait naître l'Instance, car si le défendeur refusait son concours à l'organisation de l'Instance, on ne pouvait s'en passer. Le défendeur était alors, comme le « *confessus incerti* », l'objet de mesures de contrainte, mais jusqu'à ce qu'il ait cédé, il n'y avait pas de délivrance de formule, car celle-ci supposait un accord de volontés, obtenu même au besoin par pression, mais un accord, cependant, en l'absence duquel le procès ne pouvait se lier. De la sorte, le caractère contractuel de l'Instance ne permettait pas qu'un procès se liât par défaut.

De nombreux commentateurs des textes romains ont discuté du caractère contractuel de l'Instance.

Doneau y voyait une convention tacite par laquelle les parties s'engageaient à laisser le « *judicium* » suivre son cours et se soumettaient par là même à son issue éventuelle ; pour Savigny, au contraire, la « *litis contestatio* » n'était qu'une stipulation parce qu'établissant comme celle-ci entre les parties un rapport essentiellement relatif, ne profitant ni ne nuisant aux tiers ⁽¹⁵⁾. Pour les Allemands, Liebe, Ihering, Rudorff, Bekker, la « *litis contestatio* » était un contrat formel, un contrat d'une nature toute spéciale. Pour d'autres, au contraire, parmi lesquels nous ne citerons que Keller et Walter, c'était un quasi-contrat, tel que la gestion d'affaires ou la tutelle ; dans un contrat, disaient-ils, tout émane de la volonté souveraine des parties ; or ici, le Magistrat peut intervenir en cas de désaccord et trancher le débat, et de plus, la volonté des parties est inefficace si elle n'est pas complétée par celle du Magistrat qui vient vérifier la formule et instituer le *Judex*.

Mais il nous apparaît que dans un quasi-contrat

(15) Opinion partagée par Cuq.

qui engendre des obligations réciproques, les deux obligations ne prennent pas naissance au même moment, tandis que l'établissement d'un « *judicium* » exige le consentement simultané des parties ; la « *litis contestatio* » nous semble donc être comme le vestige d'une idée fondamentale, savoir que tout procès n'est au fond qu'un compromis.

« Cette expression dernière du concours de volontés nécessaire pour la liaison du procès » (*litis contestatio*) ⁽¹⁶⁾ qui conférait à la chose réclamée le caractère litigieux ⁽¹⁷⁾ éteignait le droit antérieur pour donner naissance à un droit nouveau, substitué à l'ancien.

Il y avait là, semble-t-il, une sorte de novation. Ce rapprochement, d'ailleurs, avait été fait par les « *veteres* » pour les débiteurs tenus d'une action personnelle de droit strict et étendue ensuite aux actions de bonne foi, aux actions *in factum* et aux actions réelles mêmes, mais avec des restrictions qui avaient fini par réagir sur les actions de droit strict.

En s'éteignant, ce droit faisait naître un droit nouveau, une obligation nouvelle, une « *condemnari oportere* », réglés par la formule ⁽¹⁸⁾, mais cette novation, toutefois, différait un peu de la novation ordinaire en ce qu'elle reposait plutôt sur une nécessité de droit que sur la pure volonté des parties. Et le droit litigieux se trouvait de la sorte remplacé par un rapport obligatoire, rapport tendant à faire obtenir au demandeur, s'il triomphait, une condamnation en argent.

(16) GIRARD, *Traité élémentaire de Droit Romain*, p. 976.

(17) ZIMMERMANN, MAYNZ, ACCARIAS.

(18) GAIUS, III, n^{os} 180 et suivants. — IV. 107 (*incipit autem teneri reus litiscontestatione et... condemnari oportere*).

TITRE TROISIÈME

**LA SAISINE DE LA JURIDICTION EST L'ŒUVRE
DE LA « LITIS CONTESTATIO »**

En même temps qu'elle faisait naître au profit du demandeur un droit nouveau d'obtenir une condamnation pécuniaire par la substitution au droit à une « certa res » d'un droit de créance d'argent, la « litis-contestatio » ⁽¹⁹⁾ dans la Procédure romaine fixait les éléments personnels et matériels du procès, réglait l'instance dans la personne des plaideurs, déterminait la chose faisant l'objet du litige, plaçait le juge au jour même de la conclusion de ce contrat judiciaire, pour préciser à qui était cette chose et quelle était sa valeur à retenir pour la condamnation pécuniaire.

La « litis contestatio », ainsi, interrompait la prescription, rendait transmissibles certaines actions, faisait courir les intérêts, mais avant tout constituait la saisine de la juridiction.

Si la « litis contestatio », suivant Keller, n'avait été qu'un acte d'autorité du magistrat, un acte ordonnant au judex de juger, la saisine de la juridiction aurait été l'œuvre du magistrat ; mais, parce qu'elle était un acte de volonté commune des parties, acte accompli, sans doute, sous l'impulsion du magistrat, mais formellement consenti par les Plaideurs, la « litis-contestatio » rendait les parties en cause maîtresses de la saisine de la juridiction.

Pour qu'une condamnation fût possible, il fallait

(19) TARDIF : « Etude sur la litiscontestatio en Droit Romain et les effets de la demande en justice en Droit Français ». (Thèse Paris 1871).

que le droit qui servait de fondement à l'action existât à l'époque de la « *litis contestatio* », mais point n'était nécessaire qu'il subsistât encore au jour de la sentence. Le Juge, ainsi saisi, n'avait pas à tenir compte des événements postérieurs susceptibles d'entraîner le rejet de la demande ⁽²⁰⁾ ; l'objet de cette demande était, en effet, invariablement décrit dans la formule, et le demandeur de son côté ne pouvait le modifier par ses conclusions ⁽²¹⁾.

La formule contenait-elle une incertitude, le Juge ne pouvait la modifier en quoi que ce soit, et si celle-ci donnait seulement au Juge le pouvoir de condamner le défendeur, le Juge ne pouvait, si au cours des débats lui apparaissait un tort commis par le demandeur, condamner ce dernier ; une nouvelle instance était nécessaire pour ce faire. Et, en effet, si le demandeur avait par erreur demandé une chose au lieu d'une autre (*aliud pro alio*), il gardait toujours le droit de refaire un procès pour cette autre prétention, mais le Juge saisi seulement de la demande actuelle devait le repousser. Il en allait de même si la démonstration de la formule était inexacte (*falsa demonstratio*) ; si, par mégarde, le demandeur avait demandé moins qu'il pouvait réclamer (*minus petitio*), il pouvait par un autre procès réclamer le reliquat, et ce à l'expiration d'un certain délai, mais le demandeur ne pouvait y prétendre par voie de demande additionnelle ⁽²²⁾.

Et, si le demandeur, au contraire, avait réclamé plus qu'il n'avait droit, le Juge devait rejeter son

(20) *Cuj.* Institutions juridiques des Romains. II, p. 756. — *GAIUS* : « Omnes actiones quae morte aut tempore pereunt semel iudicio inclusae salvae permanent ».

(21) *GAIUS*, IV 56-125.

(22) *CICÉRON*, *In verr.* 2, 12, 30, 31. (*aliud pro alio. minus petitio*).

action et le débouter de sa demande, le mettant dans l'impossibilité de la renouveler après rectification, car en demandant le plus auquel il n'avait pas droit, il avait demandé le moins auquel il avait droit ⁽²³⁾.

Et ainsi, le contrat judiciaire (*litis contestatio*) en faisant naître l'Instance et en liant le débat saisissait la Juridiction, impliquant dans la cause invariablement fixée et le Juge et les parties ; ce n'est qu'au Bas-Empire, lorsque la Demande en Justice sera déterminée dans le « libellus », que nous verrons disparaître ce caractère irrévocable de la prétention des parties, laquelle pourra être modifiée au cours de l'Instance, notamment lors de la « *litis contestatio* » qui ne sera plus que l'exposé contradictoire des moyens de fait et de droit des plaideurs ⁽²⁴⁾.

(23) GIRARD.

(24) GIRARD, p. 1044.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'influence du Droit romain, indéniable dans de nombreuses branches de notre Droit français moderne, n'apparaît guère, en effet, dans notre Procédure civile, en ce qui concerne la théorie même de la Demande en Justice, et au cours des siècles qui précéderont la Révolution de 1789, nous allons voir disparaître peu à peu les rares principes romains dont l'application avait tout d'abord résisté à la progression des systèmes barbares et coutumiers.

Dès les premiers temps du Moyen-Âge, la distinction entre la déclaration du Droit et le jugement du Fait s'évanouira ; la confusion du Droit et de l'Action n'aura plus lieu d'exister parce que plus de rédaction ni de délivrance de formule, et que, d'autre part, le mot « Action » n'indiquera plus une forme sacramentelle de procéder, ni l'autorisation du Magistrat jusque-là nécessaire à tout plaideur pour réclamer en Justice, mais le droit absolu conféré par la loi ou la coutume de s'adresser directement aux juges pour obtenir justice.

La Demande en Justice ⁽²⁵⁾, dans l'Ancien Droit français, va suivre une lente évolution, tant dans sa nature que dans ses effets, et cette évolution peut être répartie en trois phases : du Moyen-Âge au xv^e siècle, époque pendant laquelle la Procédure sera surtout orale, la Demande en Justice (semonce) n'emportera

(25) « Les effets de la Demande en Justice », par Lucien SIBILLE (Thèse Bordeaux 1905).

que des effets tout à fait secondaires ; l'Instance ne naîtra qu'à l'entamement de Plet (litis contestatio du Droit romain) et c'est le contrat judiciaire qui créera encore la saisine de la juridiction. Vers le xv^e siècle (seconde phase) le Droit Canonique, de par son influence sur les juridictions civiles, et en raison surtout de la forme écrite de sa Procédure, conférera à la Demande en Justice le caractère personnel et général que nous lui reconnaissons de nos jours ; la Demande en Justice (libellus conventionnis) déterminera le champ du litige, mais cet effet sera relatif à l'existence de la « litis contestatio » qui deviendra un quasi contrat ouvrant toujours l'instance et marquant encore le début du procès. Ce n'est alors qu'à partir du xvi^e siècle que la Demande en Justice (l'ajournement) comportera tous les effets de la contestation en cause ou état de cause (status causae) dont l'importance ira déclinant de plus en plus.

DU MOYEN AGE AU XV^e SIECLE

LA DEMANDE EN JUSTICE N'OUVRE PAS L'INSTANCE ET NE
SAISIT POINT LA JURIDICTION. CES EFFETS SONT
L'ŒUVRE DE L'ENTAMEMENT DE PLET.

Dès les premiers temps du Moyen-Age, dans les pays de Droit écrit, la Procédure des « cognitiones extraordinariae » subsista pour se confondre par la suite avec le système des peuples du Nord, mais dont les documents ne nous permettent pas d'avoir une idée précise des formes pratiquées, alors que toutes les contestations civiles et criminelles étaient portées devant le peuple assemblé ou les comices de la Na-

tion ; une grande incertitude règne aussi sur les formes de la Procédure suivie devant les petits comices « *placita minora* », auxquels plus tard était soumis le jugement des affaires, par suite de l'extension des peuplades conquérantes qui fit sentir le besoin d'une juridiction locale, pour ne laisser aux grandes assemblées ou Etats Généraux que le soin des affaires d'intérêt public pour la Nation tout entière.

« Celui qui voulait attaquer en Justice une autre « personne la citait en présence de témoins pour assister aux plaids tenus à jour fixe ou à tel jour « que le comte indiquait ; il expliquait la cause de « sa demande ; le défendeur comparaissant proposait ses moyens ; lorsqu'il faisait défaut, il était « cité de nouveau jusqu'à trois fois avec une augmentation d'amende qui était partagée entre le « comte et le demandeur. Lorsqu'il avait déduit ses « défenses, le demandeur s'adressait aux hommes « libres qui assistaient aux plaids et les interpellait « de dire la loi aux parties, et les juges rendaient « leur sentence » ⁽²⁶⁾.

Le Juge n'était alors qu'un arbitre ; si la demande à l'origine appartenait bien aux parties, elle leur échappait en quelque sorte dès qu'elles l'avaient formulée pour devenir le propre du comte qui seul était le maître du procès et dirigeait toute la procédure.

La demande était formulée ainsi par une citation verbale adressée à l'adversaire (la semonce) qui ne pouvait être faite sous Saint-Louis que par des « sergents assermentés » ⁽²⁷⁾.

Le caractère oral de cette citation nous explique pourquoi la Demande en Justice dans le Droit Ger-

1. (26) MEYER. Tome I, p. 381.

(27) Etablissements de Saint-Louis, livre I, chapitre I.

manique et Féodal n'ouvrait pas l'Instance, et pour cette raison ne créait pas la saisine de la juridiction. En effet, on ne conçoit la naissance de l'instance et l'indissolubilité du lien unissant le Juge et les parties que si l'objet du litige est nettement déterminé, si le demandeur ne peut modifier sa prétention, si le défendeur, de son côté, est obligé de répondre à la revendication de son adversaire. Or, une citation verbale ne laissait aucune trace de la demande et l'instance ne pouvait s'ouvrir qu'une fois le témoignage de l'assistance recueilli, témoignage justifiant des prétentions du demandeur et mettant celui-ci dans l'impossibilité d'exercer un autre droit.

La « *litiscontestatio* » se maintint dans la « *lex romana wisigothorum* » qui régissait presque exclusivement tous ceux vivant « *sub lege romana* ». La « *litis contestatio* », en créant la saisine de la Juridiction, faisait courir les intérêts, perpétuait les actions, liait les parties et les obligeait à suivre l'instance, en constituant le possesseur de mauvaise foi et interrompant la prescription.

Cette « *litis contestatio* » se produisait au moment où le Juge avait commencé à entendre la cause au fond par l'exposé que les deux parties lui en présentaient.

Mais dans les textes d'origine germanique, féodale et coutumière, le terme « *litis contestatio* » ne se rencontre que très rarement ; cette phase décisive de la procédure où les parties en cause exposent contradictoirement devant le Juge leurs prétentions respectives est ordinairement appelée dans les textes latins : « *interpellatio* », « *allegatio* », dans les textes français : « entamement de Plet », « Plet entamé », « Plet mou » (*lis mota*) ; c'est l'entamement de Plet qui produira alors les effets qu'emportait à Rome la « *litis contestatio* ».

Dès l'instant où les parties ont fait en la présence du magistrat l'exposé de leurs prétentions, les plaideurs sont liés par leurs paroles et le Juge doit statuer suivant ces mêmes paroles ⁽²⁸⁾. C'est de la sorte l'entamement de Plet qui donne naissance à l'instance et crée la saisine de la Juridiction ; il était impossible de revenir sur sa demande si un fait nouveau se produisait, parce que le débat était lié ; un arrêt de 1275, en effet, ne permettait pas à une partie qui avait simplement nié le droit du demandeur de présenter une autre défense ⁽²⁹⁾, aussi était-ce la raison pour laquelle l'usage de parler sous toutes réserves (« avec retenail d'amendement », « sauve retenue », « par amendement ») avait été introduit dans la pratique ⁽³⁰⁾.

Aussi les Praticiens recommandaient-ils très fréquemment aux parties de ne pas oublier de mettre « leurs retenails », et Beaumanoir écrivait : « On juge selonc ce qui est dit, non pas selonc les ententions » ⁽³¹⁾ ; « à l'entamer de ton plait, pren te bien garde et en seies bien souvenans que tu faces protestacion ou bone retenu par l'amendement de ton conseil, et ensi te porras garder et sauver ».

Si le demandeur faisait défaut après l'entamement de Plet, il perdait sa prétention ; l'entamement de Plet rendait transmissibles également certaines ac-

(28) « Lors est le juge seigneur de la cause, car droit convient prendre par luy décisioire : car toutes interlocutoires sont passées » (BOUTELLER, Somme rurale, livre I, titre 23). Même auteur, livre I, titre 20, page 101 : « le demandeur ne peut plus après la « litiscontestatio » augmenter ou charger sa demande ; il était, en effet, permis de varier « en court laye ayant cognoissance ou avant négation en cause ».

(29) Olim. I, page 470, N° 6. Page 940, N° 41.

(30) Assemblées de la Haute Cour : Jean d'IBELIN.

Pierre de Fontaine XI, paragraphe 8.

(31) BEAUMANOIR, XLIV, 47.

Ancienne Constitution du Chatelet, article 40.

tions ainsi que l'exprimait Beaumanoir : « Quand demande est fete a aucun et il muert, le plet pendant, on pot sevir les ouirs du plet qui fut commencies contre lor devancier » ⁽³²⁾.

L'idée du contrat judiciaire qui avait inspiré la procédure romaine se révélait de nouveau dans le système féodal et coutumier, et le contrat judiciaire demeurait ainsi le fondement juridique de l'instance ; mais, cependant, la novation qu'emportait dans le Droit Romain la « *litis contestatio* » n'existait plus avec « l'entamement de Plet » qui consacrait en quelque sorte l'existence de la prétention du demandeur et de la réfutation de son adversaire, en les précisant et en les limitant, mais n'éteignait pas le droit antérieur pour lui substituer un droit de créance.

XV^e SIECLE

DANS LA PROCÉDURE CANONIQUE, LA DEMANDE EN JUSTICE
FIXE L'OBJET DU LITIGE, MAIS L'INSTANCE NE PREN-
DRA TOUJOURS NAISSANCE QU'AVEC LA LITIS CONTESTA-
TIO QUI CRÉE LA SAISINE DE LA JURIDICTION.

La Procédure, suivie en droit canonique, devant les officialités, nous paraît marquer la transition entre les formes grossières et rigoureuses de la période précédente et l'ajournement des ordonnances royales ; tandis que, dans les siècles antérieurs, la semonce, parce que verbale, n'emportait aucun effet, devant les Tribunaux ecclésiastiques, le « *libellus conventionnis* », qui constitue la demande proprement dite, va emporter des effets importants ; nous

(32) BEAUMANOIR, chapitre 5, paragraphe 29.

allons assister à une rivalité très serrée entre la Demande, d'une part, et la « *litis contestation* » de l'autre; de cette lutte, sortira victorieuse dans les années qui suivront la Demande en Justice, puisque dans les trois derniers siècles de l'ancien régime, comme nous le verrons plus loin, la Demande en Justice produira désormais tous les effets qu'emportait jusqu'alors la « *litiscontestatio* ».

Le premier acte de la Procédure était, en effet, dans le Droit canonique, la présentation au Juge du « *libellus conventionis* » ; cet acte consistait en une requête contenant l'exposé de la Demande en termes très généraux. Cette requête était un acte écrit à la grande différence de la semonce de la procédure féodale. Si le juge reconnaissait la régularité du « *libelle* », il faisait citer le défendeur qui avait un délai pour délibérer; ensuite, les parties revenaient devant le magistrat et on procédait à la « *litis contestation* ». Cette « *litis contestation* » marquait le commencement du procès, car avant que la procédure ne soit arrivée à cette phase, on ne pouvait dire que l'action était intentée ou qu'on veuille l'intenter ; le débat jusqu'alors engagé entre les parties était appelé : « *controversia* ». La « *litis contestation* » était l'exposé sommaire de la demande au fond, fait de vive voix devant le Juge compétent et la réponse du défendeur qui affirmait ou niait les allégations de son adversaire.

L'avocat du demandeur se levait, lisait à haute voix le libellus de son client et la partie adverse confrontait ainsi avec sa copie. Puis le demandeur requérait la « *litis contestation* », et le juge lui disait alors : « Demandez-vous, comme il vient d'être lu, et croyez-vous que vous demandiez à bon droit ? » S'il disait oui, le juge ordonnait au défenseur de répondre, et le défendeur déclarait : « Que faisant la *litis contestation*, il niait les allégations du demandeur ».

Le « libellus conventionis » étant devenu une requête écrite, le demandeur était lié par cet acte et le défendeur de son côté « n'était tenu de répondre fors à ce et sur ce quoi il ara esté adjourné ». Les parties étaient saisies par la demande et l'objet de la demande ne pouvait plus être modifié parce que consigné dans le « libelle » ; c'était aussi la demande qui créait dès lors la « *praeventio fori* », l'exception de litispendance, et le juge devait se placer au jour du « libelle » pour apprécier les prétentions respectives des parties en cause.

Toutefois, si le « libellus conventionis » n'était pas suivi dans un délai réglementaire de la « *litis contestation* », les effets que nous énoncions à l'instant étaient inexistants ; la « *litis contestation* » était toujours un contrat passé par les parties en la présence du magistrat, convention par laquelle les deux plaideurs appelaient le juge à les départager. La *litis contestation* restreignait donc encore les droits du demandeur puisque si le « libellus » déterminait le champ du litige, il ne saisissait pas la juridiction et ne permettait pas au demandeur de prendre un jugement sans l'accord en quelque sorte de son adversaire, ou la décision du magistrat condamnant le défendeur par coutumace s'il refusait de se présenter ; la « *litis contestation* » est apparue alors à certains non plus comme un contrat judiciaire, mais comme un quasi contrat ; nous ne discuterons pas sur ce point, voulant simplement faire remarquer que si l'instance n'est ouverte qu'au jour de la « *litis contestation* », et, si par là même à ce moment seul le juge est saisi, du moins le juge doit, pour apprécier les prétentions des deux adversaires, se reporter au « libelle ».

DU XVI^e SIECLE A 1789

L'OUVERTURE DE L'INSTANCE ET LA SAISINE DE LA JURIDICTION SONT L'ŒUVRE DE L'EXPLOIT D'AJOURNEMENT.

Au cours des trois derniers siècles de l'Ancien Régime, la « Demande en Justice », va devenir un acte entièrement personnel à la partie qui l'intente ; le demandeur en assignant son adversaire met la Justice en branle de son propre chef, et sans attendre, comme dans les systèmes précédents, la passation d'un compromis judiciaire. Le caractère écrit de la Procédure en est, très certainement, la principale cause ; par son ordonnance de 1539, ordonnance de Villers-Cotterets, François I^{er} prescrivait de libeller par écrit les assignations ; cette mesure était confirmée par l'ordonnance de Roussillon de 1563 et l'ordonnance de Louis XIV de 1667. En Droit Canonique, la demande était formulée dans le libellus, requête adressée au Juge ; dès le xvi^e siècle, elle consistait dans l'ajournement, exploit adressé par le demandeur à la partie adverse et délivré à celle-ci par un Officier public.

Cet ajournement saisissait le magistrat et l'obligeait à statuer ; il déterminait la demande et rendait le possesseur comptable des fruits. La demande ainsi insérée dans l'ajournement ne pouvait être modifiée, même en appel, et, pour proposer des faits nouveaux en appel, il était nécessaire de s'y faire autoriser par des « lettres royaux ». En effet, avant les réformes de Saint-Louis, les voies de recours contre les jugements pratiquées en France, « le faussement de jugement », se poursuivaient au moyen d'un duel, d'une bataille entre la partie qui avait perdu sa cause et le

juge ou les juges qui la lui avaient fait perdre. Lorsque Saint-Louis entreprit de faire disparaître de la Procédure française la preuve par bataille, il se préoccupa, dans l'intérêt même de cette réforme si ardue, de ne faire que des changements indispensables à son but, et tout en substituant au « faussement de jugement » une voie de recours très rapprochée de l'appel du Droit romano-canonique, il conserva cependant à celle-ci le caractère d'une lutte entre la partie perdante et le juge de première instance, ce dernier restant responsable de la sentence. Et, sous l'Ancien Régime, nous retrouverons toujours cette idée, qui explique qu'il était impossible d'admettre l'appelant à proposer en appel des faits qui étaient restés inconnus au premier juge et qui auraient peut-être complètement modifié sa manière de voir s'il les avait connus.

L'état de cause (*status causae*), appelé aussi la « contestation en cause », n'est plus que la comparution des parties et de leurs conseils devant le juge, la production de leur demande et de leur défense écrites, la lecture et l'affirmation de leurs dires respectifs; la « *litis contestation* » avait ainsi perdu son caractère contractuel et les effets qu'elle emportait auparavant étaient devenus ceux de l'exploit d'ajournement.

En effet, un acte de notoriété du Châtelet de Paris, en date du 23 juillet 1707, expliquait que l'Instance ne commençait pas seulement à partir de la contestation en cause, mais à partir de l'ajournement et que les délais de la péremption courraient à compter de cet acte initial du procès : « Nous disons qu'il n'y a jamais de péremption d'instance lorsqu'il n'y a point d'instance, qu'il n'y a point d'instance lorsqu'il n'y a point d'assignation donnée pour comparaître devant le juge » ⁽³³⁾.

(33) Recueil Chronologique des Ordonnances, Edits et Arrêts de règlement de Paris, 1757, II, page 406.

PREMIÈRE PARTIE

La nature de la demande en justice

TITRE I

LA DEMANDE EN JUSTICE EST L'EXERCICE D'UN DROIT

Introduire une demande en justice, c'est exercer un droit dont on tend, soit à obtenir, conserver ou recouvrer la jouissance, soit à être indemnisé de sa privation. La demande en justice est l'exercice même du droit méconnu ou violé devant l'autorité judiciaire appelée par le demandeur à intervenir pour en faire assurer le respect.

Par exemple, l'article 1728 du Code civil (alinéa 2) fait obligation au locataire : « de payer le prix de son bail aux termes convenus » ; c'est alors un droit nettement déterminé pour le propriétaire de percevoir ses loyers aux échéances fixées. Si le locataire apporte du retard dans le règlement de sa dette, dette qui est la contre-partie de la jouissance des locaux qu'il occupe, le propriétaire a une action contre son locataire ; cette action personnelle est la sanction du droit dont peut se prévaloir le bailleur impayé ; elle est la faculté pour lui de s'adresser à justice pour voir condamner son locataire au paiement des loyers à lui dus. Usant de cette faculté, le propriétaire citera son débiteur devant le Juge de Paix, ou il l'assignera devant le tribunal civil, suivant les règles de la compétence relative au taux annuel du loyer. Cette citation ou cette assignation constitueront la demande en justice proprement dite, c'est-à-dire l'acte par le-

quel le créancier saisira le Juge du différend qui l'oppose à son adversaire et mettra le Tribunal dans l'obligation de se prononcer. Si cette demande en justice est l'expression première du droit d'action conféré par la loi au propriétaire, elle est, nous semble-t-il, avant tout, l'exercice même du droit de créance du propriétaire sur son locataire, aux termes de l'article 1728 du Code civil. Le propriétaire, par sa demande, défère à l'autorité judiciaire le droit qu'il tient de la loi sur son débiteur récalcitrant et il en réclame la consécration par le Tribunal puisque « nul ne doit se faire justice soi-même ».

Et de même, l'assignation qu'un héritier indivisaire fera délivrer à ses co-indivisaires pour voir ordonner judiciairement le partage des biens indivis est l'exercice du droit conféré par la loi aux termes de l'article 815 du Code civil qui a prescrit que « nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires ». Ou encore : Un propriétaire riverain d'un cours d'eau a obtenu de l'administration municipale l'autorisation d'édifier un barrage sur ce ruisseau, ledit ouvrage s'appuyant sur les deux rives sur terrain communal. Un propriétaire, demeurant en amont, et qui reproche au barrage de faire refluer les eaux sur son sol, et de constituer un trouble à sa possession, a détruit de sa seule autorité le travail exécuté : Quel est le droit du premier propriétaire ainsi lésé dans ses intérêts ? Il est celui de bénéficier des effets de l'ouvrage par lui exécuté avec l'autorisation communale. Or, ce droit s'est trouvé violé par les agissements du propriétaire en amont. De la violation de ce droit va naître un droit particulier, le droit pour le propriétaire victime de s'adresser à justice, à laquelle son adversaire n'a point daigné recourir. Ce droit particulier c'est l'ac-

tion en réintégrandes. La demande qu'introduira alors le propriétaire lésé sera, sans doute, le premier acte de cette action, mais avant tout et surtout l'exercice du droit dont il bénéficiait en tirant profit des effets du barrage détruit par le défendeur et du droit dont il entend se prévaloir à la remise des choses en leur état primitif.

L'exercice du droit violé ou méconnu est l'élément caractéristique de la demande en justice. Il en est l'élément essentiel et fondamental. On ne saurait concevoir une demande en justice qui ne serait pas l'exercice d'un droit. En effet, il a été jugé qu'était irrecevable une demande concluant uniquement à une expertise, c'est-à-dire, à une mesure qui ne saurait être qu'un moyen d'instruction d'une demande principale concomitante ou préexistante, la prétention exacte des demandeurs ne s'y trouvant pas définie. Toute demande en justice implique nécessairement le libellé ou tout au moins l'indication d'une prétention positive à laquelle le défendeur soit à même d'acquiescer ou de résister⁽¹⁾.

Mais, pour que la demande soit justifiée, il est nécessaire que le droit qu'elle exerce soit réel et certain. Ainsi celui qui, ayant subi un léger dommage du fait d'un tiers qui aurait agi de bonne foi, et, par suite d'une erreur excusable, intenterait contre ce dernier une demande en justice sans que ses prétentions sans fondement et émises successivement se réclament de l'exercice légitime d'un droit, n'agissant que par esprit de malice et de chicane et de mauvaise foi, dans le but de nuire à celui-ci et de lui causer un préju-

(1) Cass. req., 25 octobre 1886 D. P. 1887 - 1-164.

Orléans, 29 juillet 1896 D. P. 1897 - 2-209

Cass. req., 6 février 1900 D. P. 1900 - 1-167

Cass. req., 7 mars 1905 S. 1905 - 1-407.

Bordeaux, 8 juin 1927, Revue procédure : nov. 1927, N° II, p. 275.

dice en le contraignant par une procédure abusive et vexatoire à exposer des frais serait à bon droit condamné à des dommages-intérêts envers ce dernier ⁽²⁾.

La demande en justice devient ainsi un accessoire du droit qu'elle met en œuvre, et les caractères du droit, sa valeur et sa nature, se reflètent parfaitement dans les caractères de la demande. Les juges saisis par le demandeur se prononceront sur le bien-fondé du droit dont se prévaut le requérant. Le plus souvent, d'ailleurs, afin d'expliquer plus clairement leur prétention, les parties vantent dans leurs exploits d'ajournement les textes de lois sur lesquels elles fondent leurs demandes, autrement dit précisent l'origine légale du droit qu'elles exercent. Si cette pratique est quasi-constante, la loi n'en sanctionne cependant point l'omission par une nullité ⁽³⁾. Mais si les parties en libellant leur demande veulent donner la référence du texte de loi sur lequel elles entendent faire reposer le droit qu'elles exercent en justice afin de mieux faire ressortir aux yeux de leurs adversaires et à l'interprétation des juges saisis, le bien-fondé de leurs prétentions, elles doivent redoubler d'attention car elles vont se lier pour toute la durée de l'instance et lieront aussi étroitement le Tribunal, sans possibilité pour elles, ni pour lui, de modifier dans le cours de l'instruction ou des débats la cause du droit exercé par la demande.

Et le lien qui unit la demande en justice et le droit mis en œuvre dans l'exploit d'ajournement est si étroit, qu'on ne peut concevoir une demande qui ne soit pas l'exercice d'un droit. En effet, nous ne pouvons nous adresser à justice sans exercer un droit dont nous ne soyons titulaire. C'est qu'en effet, toute

(2) Cass. req., 7 mai 1924 D. H. 26 juin 1924.

(3) Cass. Civ., 27 avril 1931 D. H. 25 juin 1931.

partie est toujours habile à agir en justice pour faire consacrer un droit qui lui est contesté, à moins que cette faculté ne lui soit retirée définitivement ou temporairement soit par la loi, soit par une convention qui, dérogeant ainsi au droit commun, doit être certaine et clairement exprimée. Mais, par exemple, la clause des statuts d'une compagnie d'assurances, aux termes de laquelle aucune action judiciaire en paiement d'indemnité de sinistre ne peut être intentée contre la Société avant la clôture et l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée, doit être entendue en ce sens qu'elle n'oblige les sinistrés à attendre l'assemblée générale que pour agir en fixation et en paiement de l'indemnité mais non pour faire reconnaître le principe même du Droit à cette indemnité (4).

Tout droit peut être exercé en justice et ainsi la demande en justice est générale puisqu'elle n'est pas limitée à tel ou tel droit. Mais, encore faut-il que le droit qu'exerce le demandeur en justice soit contredit, qu'il soit violé ou méconnu. Les tribunaux ne sont pas institués pour donner des consultations mais bien pour trancher des différends. Ainsi un propriétaire est irrecevable à demander au Tribunal de fixer la durée de la prorogation à laquelle peut avoir droit son locataire alors qu'aucun différend n'existe entre eux et qu'ils sont d'accord pour reconnaître que le locataire a droit à la prorogation commerciale, et pourra, en outre, invoquer le bénéfice des lois ultérieures (5).

(4) Dijon, 8 juillet 1930 D. H. 6 novembre 1930

(5) Seine (3^e section) : Loyers, 3 décembre 1924, D. H. 26 février 1925.

§ 1^{er}. — DU CARACTÈRE LITIGIEUX DU DROIT EXERCÉ
PAR LA DEMANDE EN JUSTICE

Bien qu'il soit nécessaire pour exercer utilement un droit en justice de justifier d'un différend né et actuel, une question va se poser : Ce droit est-il litigieux avant d'être déféré par la demande à l'autorité judiciaire ? Devient-il au contraire litigieux du fait de son exercice par l'exploit d'ajournement.

« On pourrait soutenir qu'à partir de la demande
« le droit déduit en justice devient litigieux au sens
« de l'article 1597 du Code civil, mais telle n'est point
« l'interprétation qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence », précise M. le Professeur Morel⁽⁶⁾.

Selon Aubry et Rau, en effet, un droit est litigieux dans le sens de l'article 1597, non seulement lorsqu'il forme actuellement l'objet d'une contestation quelconque mais par cela seul qu'il existe des circonstances de nature à faire présumer qu'il donnera lieu à contestations sérieuses. Et au point de vue de l'exercice du retrait litigieux, M. le Professeur Morel estime que la demande ne suffit pas à constituer le litige car le défendeur acquiescera peut-être à la demande. « Il faut en outre que le droit soit contesté quant au fond (article 1700 du Code civil), c'est-à-dire que le défendeur ait fait valoir contre la demande des moyens de fond ».

Il ne nous semble pas, quant à nous, que ce soit la demande en justice qui confère au droit exercé par le demandeur le caractère litigieux. Ce n'est pas davantage le débat au fond. Un droit, pensons-nous, peut être litigieux avant même d'être déduit en justice. Nous entendons, en effet, l'expression « litigieux » dans son sens le plus large. Litige signifie

(6) MOREL, *Traité Élémentaire Procédure Civile*, p. 61. Voir notes.

« contestation, contradiction, opposition », tandis que ce terme est souvent employé dans un sens plus étroit, étant synonyme de « procès ». Si le droit du demandeur devenait seulement litigieux parce qu'exercé en justice, quel caractère lui reconnaître alors avant l'introduction de la demande ? Il serait, dirait-on, contesté ou méconnu ou violé, autrement dit, il serait déjà litigieux. Ainsi le propriétaire qui assigne son locataire en paiement de loyers exerce le droit que lui reconnaît la loi de percevoir le prix du bail ; ce droit exercé par le bailleur est litigieux parce que méconnu par le preneur, et c'est son caractère litigieux qui détermine l'instance du créancier tendant à en voir prononcer la confirmation et à obtenir le titre exécutoire qui en assurera l'application forcée.

Dans l'article 1597 du Code civil, le législateur a précisé que « droits litigieux » doivent s'entendre non seulement des droits qui sont l'objet d'un litige existant déjà, mais aussi de ceux qui, susceptibles de contestation, peuvent devenir l'objet d'un procès futur. Un droit peut donc être litigieux sans être pour cela obligatoirement exercé par une demande en justice (7).

Selon Baudry-Lacantinerie, le droit est litigieux s'il apparaît avec un caractère de doute, d'incertitude, de nature à faire entrevoir la probabilité d'une contestation.

Il est vrai que l'article 1700 du Code civil s'est montré beaucoup plus strict dans l'interprétation du sens du caractère litigieux du droit puisqu'il précise que : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». Faut-il

(7) Riom, 17 juin 1880 D. P. - 1881-2-37.

Chambéry, 30 juillet 1894 D. P. 1896-2-285.

voir ici une contradiction flagrante sur le caractère litigieux du droit ? Nous ne le pensons point, le législateur paraissant n'avoir visé dans l'article 1700 que l'exercice du retrait litigieux. En effet, pour exercer utilement le retrait du droit cédé, celui-ci doit être l'objet d'une contestation judiciaire sur le fond dès le jour de la cession. Il ne suffirait pas que le procès fût éventuel et qu'une action eût été postérieurement formée. Mais on ne saurait, cependant, se baser sur l'article 1700 qui ne vise que le cas bien déterminé de l'exercice du retrait litigieux pour en déduire que c'est l'instance qui confère au droit son caractère litigieux.

§ 2. — DE LA DISTINCTION DE LA DEMANDE EN JUSTICE ET DE L'ACTION

L'action et la demande ont été souvent confondues. On dit qu'une personne a une action pour signifier le droit qui lui est propre de former une demande. On dit aussi qu'une action est intentée pour exprimer qu'une demande est formée. Le législateur lui-même a commis cette confusion dans plusieurs textes : Dans les articles 137, 475, 950, 1304, 1456, 1524, 1965, 2262 du Code civil et 401 du Code de Procédure civile, il a bien donné au mot « action » le sens de « droit de poursuivre » ; par contre, dans les articles 25, 183, 307, 464, 1342 du Code civil, 426 et 476 du Code de Procédure, le mot « action » est entendu comme synonyme de « demande ». Et, cependant, l'action et la demande ont une nature, un objet, une étendue tout à fait distinctes.

L'action est bien un « droit de poursuivre » ; c'est un droit particulier qui prend naissance dans la violation d'autres droits et qui tend, soit à faire cesser cette violation, soit à en faire réparer les effets. Elle

est « la faculté de réclamer ou de poursuivre en justice contentieuse ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû », selon la définition même d'Aubry et Rau. De cette définition il est principalement à retenir : L'action est une faculté ; elle est le pouvoir dont jouit tout citoyen de s'adresser à justice parce que tout droit dérivant d'une loi positive suppose la faculté de réclamer l'appui de l'autorité judiciaire soit afin d'obtenir, de conserver ou de recouvrer sa jouissance, soit afin d'être indemnisé de sa privation.

Nous savons qu'en droit romain l'action était tantôt un droit distinct, puisqu'un droit pouvait exister sans être protégé par une action ; tantôt, au contraire, l'action se confondait avec le droit puisque le législateur ou le prêteur en promulguant telle loi ou tel édit créait une action propre à ce droit ainsi conféré. L'action précédait même ce droit et nous avons vu qu'on commençait par accorder une action dans telle circonstance propre : C'est la raison pour laquelle les Romains disaient qu'une personne avait une action et non pas qu'elle jouissait de tel droit.

Cette notion a disparu dans notre droit actuel : « L'action est la sanction du droit violé ». La demande en justice, au contraire, en est l'exercice même, comme l'ont très justement démontré MM. Glasson, Tissier, Capitant et Morel⁽⁸⁾. L'action est intimement liée au droit qu'elle est destinée à protéger, mais elle ne saurait se confondre avec lui. Le droit a sa cause dans un fait de nature juridique. L'action, quant à elle, prend naissance dans la violation ou la contestation de ce droit. Il est vrai que l'action a parfois sa cause dans la volonté de la loi en même temps que

(8) GLASSON : Précis de Procédure.

TISSIER : Traité théorique et pratique, tome I, N° 183.

CAPITANT : Introduction à l'étude du droit civil, 4^e édition, n° 91.

MOREL : déjà cité, p. 33.

le droit, et tel est le cas, lorsque le législateur prescrit l'intervention de la justice, même en dehors de tout conflit pour réaliser certaines situations juridiques (divorce, séparation de corps, interdiction). Garsonnet a soutenu qu'il ne saurait y avoir de droit sans action car du fait même que le droit existe, l'action existe en même temps que lui et sans qu'il soit besoin que la loi qui crée ce droit y ajoute expressément une action : Selon sa théorie, pour un même droit, il ne pourrait y avoir qu'une seule et unique action (9).

Nous ne pensons pas davantage, comme on l'a prétendu, que « l'action ne soit autre chose que le droit en lui-même qui reste passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé ». Dans le même sens Demolombe et Pellat ont estimé que l'expression « droits et actions » employée par le législateur dans les articles 466, 724, 1250 et 1689 du Code civil était un pléonasme. Ce serait, nous semble-t-il, faire droit à l'idée des canonistes que ceux-ci formulaient dans leur théorie de « l'actuation du droit ».

En principe, l'action naît postérieurement au droit, car celle-ci apparaît au moment même où le droit est contesté, violé ou méconnu. Il se peut aussi qu'une personne puisse jouir d'un droit et ne soit pas recevable à agir parce que ne justifiant pas des conditions essentiellement requises telles que l'intérêt né et actuel ou la capacité. L'action, d'autre part, est

(9) GARSONNET: *Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile*, tome I, page 484.

(Voir notamment les trois exceptions souffertes par le principe exposé par Garsonnet) :

1°) L'obligation naturelle dont le créancier ne peut poursuivre l'exécution en justice ;

2°) L'obligation morale incombant aux parents d'établir leurs enfants sans pouvoir y être contraints par les voies judiciaires ;

3°) Les dettes de jeu et de pari.

régie, quant à ses conditions d'exercice par la loi applicable au moment où elle est exercée et non par la loi applicable au moment de la naissance du droit qu'elle a pour but de sanctionner. Réfutant la thèse de Demolombe et Pellat, M. le Professeur Morel fait remarquer que le même droit de créance ou de propriété peut, suivant les cas, donner lieu à plusieurs actions. Ainsi l'acheteur, en cas de vice caché de la chose vendue, a l'action en résolution de vente ou l'action en réduction de prix ; il peut donc y avoir concours d'actions.

D'autre part, le droit exercé par la demande en justice et l'action qui en est la sanction ont une étendue toute distincte. Ce droit peut subsister et l'action disparaître par suite de prescription. Par ailleurs, le droit devenu litigieux ne saurait être modifié dans son état même si l'action ne lui faisait acquérir un élément nouveau. C'est l'action qui assure la satisfaction du droit.

Aussi, l'action participe-t-elle essentiellement à la nature du droit. Toutefois, elle ne se confond pas avec lui. Leur objet est distinct. Lorsque d'un corps certain qui était dû, par exemple, l'action ne tend qu'à faire obtenir une somme d'argent. En outre, l'action ne suppose pas seulement l'existence du droit mais le refus d'y déférer ou le fait d'un tiers impliquant la négation de ce droit.

Et c'est ainsi que le demandeur en justice exerce bien un droit méconnu ou violé, utilisant la faculté, c'est-à-dire « l'action », que lui donne la loi de s'adresser à justice pour en faire assurer le respect.

TITRE II

LES ELEMENTS DU DROIT EXERCE EN JUSTICE

Toute personne, avons-nous dit précédemment, doit justifier de l'existence d'un droit pour agir en justice car la demande est une mise en œuvre et Japiot en induisait que « la procédure était ainsi la mise en œuvre active, technique et pratique du Droit » (1).

Ce droit, comme nous le verrons en analysant son objet, peut être un droit de créance constituant un rapport d'obligation personnelle ou un droit réel portant sur une chose revendiquée par son propriétaire. Ce droit peut être aussi à la fois personnel et réel et conférer à l'action qui le sanctionne et à la demande qui l'exerce un caractère mixte.

Mais, dans ces divers cas, le droit traduit en justice nous révèle toujours la notion d'un rapport juridique dont il nous importe d'étudier les éléments. Ceux-ci sont de deux ordres : les éléments subjectifs, d'une part, c'est-à-dire les personnes qui sont liées par ce rapport ; les éléments objectifs, d'autre part, savoir : la cause, l'objet, et les moyens de ce droit.

(1) JAPIOT : *Traité Élémentaire de Procédure Civile* (1916), page 1.

1° LES ELEMENTS SUBJECTIFS

En matière contentieuse, la demande en justice suppose nécessairement deux adversaires : celui qui « procède », le demandeur, et celui qui « s'y oppose », le défendeur. Les personnes qui vont s'affronter dans le procès sont les parties ; mais, nous allons voir quelquefois apparaître à leurs côtés, dans le cours de l'instance, des personnes jusqu'alors étrangères aux débats et qui vont intervenir parce que leurs intérêts propres s'y trouvent engagés : ce sont les tiers.

A. — LES PARTIES

Les parties en cause dans l'instance sont en nombre variable et ce nombre est relatif au caractère du droit mis en œuvre. Ce droit est-il simplement bilatéral, c'est-à-dire le rapport juridique qui le constitue ne lie-t-il que deux personnes, le créancier et le débiteur⁽²⁾, les parties seront au nombre de deux : le demandeur, d'une part ; le défendeur, de l'autre. La victime qui assigne l'auteur de l'accident en responsabilité du sinistre et en paiement de dommages et intérêts pour réparation du préjudice par elle subi, exerce par sa demande un semblable droit : seuls, en principe, seront en cause la victime et l'auteur de l'accident. Mais le droit déféré en justice peut concerner plusieurs individus : un même droit, en effet, peut intéresser plusieurs personnes qui entendent

(2) La qualité de créancier et de débiteur n'existe pas dans les instances en divorce ou séparation de corps et dans les affaires relatives aux matières d'état ; toutefois les parties sont toujours le demandeur et le défendeur.

s'en prévaloir à l'encontre d'un ou de plusieurs adversaires ; dans ce cas, les parties peuvent être nombreuses mais, toutefois, il est indispensable que les diverses parties présentes dans l'instance soient liées par le même droit pour pouvoir agir en tant qu'unies d'intérêts. En matière contentieuse, donc, les parties sont au nombre de deux ou en nombre supérieur, mais elles sont au moins deux : un demandeur et un défendeur. En Allemagne, par contre, fait remarquer M. le Professeur Morel, « on peut agir contre une personne indéterminée⁽³⁾. La demande en justice, dans la procédure du Reich, serait en quelque sorte dirigée contre l'Etat ou contre le juge, son représentant. Dans notre droit français, on ne saurait adopter une telle conception. Le demandeur traduit bien son droit devant les juges, mais le Tribunal ne joue que le rôle d'un témoin qui aura à se prononcer lors du jugement pour dire le Droit et exercer ainsi la fonction juridictionnelle qu'il tient de l'Etat. En effet, le demandeur ne peut se présenter devant les juges pour prendre jugement qu'après avoir appelé à la barre du Tribunal son adversaire qui se défendra ou fera défaut à son gré, mais il n'en est pas moins indispensable qu'il ait été régulièrement cité afin de respecter les droits de la défense.

Mais, pourrait-on nous objecter, dans certains cas, cependant, seul le demandeur est en cause et il n'y a point de défendeur : ainsi, une seule partie est présente. Y aurait-il donc dans ce cas contrariété au principe que nous énoncions précédemment ? Nous devons distinguer deux cas. Le premier cas se produit en matière de requête présentée au Tribunal et répondue par une ordonnance. Seul, en effet, se pré-

(3) MOREL : *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, page 355, N° 313 (Conf. articles 58, 494, 787 de la Zivilprozessordnung. Articles 946 et suivants sur la procédure provocatoire).

sente devant le juge le requérant qui s'adresse au président du Tribunal ou à son dévolutaire sans y avoir cité auparavant son adversaire. Tel est le cas, par exemple, de la partie qui présente sa requête en divorce ou de celle qui s'adresse au président du Tribunal aux fins d'être autorisée à assigner à bref délai et sans préliminaire de conciliation. Or, nous ne trouvons pas là l'élément constitutif de la demande en justice, car le requérant n'exerce pas un droit mais sollicite du juge une simple autorisation; l'instance n'est pas encore ouverte, puisque la demande n'est pas encore lancée.

Il existe bien un second cas où une partie est seule en cause ; nous ne sommes plus alors dans la juridiction contentieuse, mais, au contraire, dans la juridiction gracieuse. Japiot définissait l'acte de juridiction gracieuse : « L'acte qui a l'apparence d'un jugement parce qu'il émane d'un magistrat ordinairement chargé d'exercer la juridiction contentieuse mais qui, au fond, est un acte administratif. Il se caractérise surtout par le fait que le juge intervient en dehors de tout litige. Il n'a pas l'autorité de la chose jugée et n'est pas susceptible, en principe, des voies de recours proprement dites, de même qu'il ne peut pas conférer l'hypothèque judiciaire » (1). C'est le cas, par exemple, lorsque le Tribunal est saisi d'une demande tendant à l'homologation d'un contrat d'adoption ; de même si le tribunal accorde l'homologation à un acte qu'il s'agit de conclure pour le compte d'un mineur ou lorsque le Tribunal est requis de nommer à un interné un mandataire *ad litem*.

Le caractère essentiel des affaires de juridiction gracieuse consiste dans le fait qu'il n'y a pas de litige

(4) JAPIOT : *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, p. 134, N° 164.

et par conséquent pas d'adversaire. En effet, la partie demanderesse saisit le Tribunal par une requête mais n'assigne aucun adversaire. Le demandeur exerce un droit, sans doute, mais ce droit n'emporte aucun caractère litigieux et c'est pourquoi, nous semble-t-il, la sentence qui interviendra n'emporte point l'autorité de la chose jugée. Le Tribunal statuant en matière gracieuse « ordonne des mesures en vue de l'avenir, il n'apprécie pas des droits antérieurs » ⁽⁴⁾. En réalité, « l'acte de juridiction gracieuse est un acte de caractère purement administratif et le Tribunal en faisant un tel acte agit en vue d'une fin qui est soit d'assurer la protection des incapables, soit de faciliter à certaines personnes la conclusion de certains actes ou l'exercice de leurs droits, et, à cet effet, il doit faire preuve d'une certaine initiative et jouir d'une certaine latitude d'appréciation » ⁽⁵⁾.

Aussi, nous ne pouvons pas conclure qu'il y ait à proprement parler demande en justice lorsqu'une partie s'adresse à la juridiction gracieuse, puisque le requérant n'exerce pas un droit litigieux à l'encontre d'un adversaire qui le conteste.

Si donc, dans toute instance deux parties au moins s'affrontent, il importe cependant d'identifier le demandeur et le défendeur.

Il ne s'agit pas de considérer le fond même du droit mais de se placer sur le terrain de l'exercice du droit, c'est-à-dire de la demande en justice. Au point de vue procédure le demandeur est celui qui a pris l'initiative du procès, le défendeur celui qui a reçu l'assignation. Dans les demandes introductives d'instance, cette distinction ne prête pas à difficulté ⁽⁶⁾,

(3) MOREL : déjà cité, p. 33.

(6) MOREL : Ouvrage déjà cité, page 356, N° 313.

mais à côté de cette première catégorie de demande il importe d'en signaler une seconde : les demandes incidentes. Parmi celles-ci, nous devons citer tout d'abord la demande reconventionnelle, formée par le défendeur comme réponse à l'action dirigée contre lui. Le défendeur gardera bien sa qualité de partie défenderesse au principal, mais deviendra demandeur sur reconvention; de même dans la demande incidente en garantie le défendeur actionné en justice exerce un recours contre celui qui doit le défendre ou l'indemniser s'il perd son procès, et alors le défendeur au principal devient demandeur en garantie (7).

Le rapport juridique qui lie les deux parties en litige, dès la régularisation de l'assignation, liera pendant tout le cours des débats les deux adversaires et les liera même après le prononcé du jugement, mais, sous un autre aspect, par l'autorité de la chose jugée, laquelle n'existe qu'entre les parties présentes dans l'instance ou qui y ont été représentées (8). En effet, la demande fixe l'étendue du litige en ce qui concerne les personnes qui y sont parties et si l'une des parties venait à être changée ou prise en une autre qualité que celle en laquelle elle plaiderait originairement, une nouvelle demande s'imposerait.

La loi admet cependant que des personnes étrangères aux débats y interviennent si leurs intérêts s'y trouvent engagés.

(7) Nous n'insisterons pas davantage sur les demandes incidentes car nous aurons l'occasion de leur consacrer une étude plus approfondie en analysant plus loin les éléments objectifs du droit.

(8) Nouveau Code Civil annoté Dalloz, art. 1351, N° 472.

R. P. DALLOZ, N°s 144 et suiv., 344 et suiv.

PLANIOL, 8^e édit. T. 2, N° 54 bis.

COLIN et CAPITANT⁶: Cours Élémentaire. Cours D. Civ. T. 2, p. 238 et 240.

B. — LES TIERS

Si la demande en justice constitue l'exercice d'un droit et oppose dans l'instance les parties entre lesquelles ce droit est litigieux, la décision qui statuera sur la valeur de ce droit pourra atteindre indirectement des personnes restées étrangères aux débats. Sans doute, les tiers pourront-ils par la voie de la tierce opposition faire valoir leurs droits si ceux-ci ont été lésés par le jugement, mais, toutefois, sans attendre la solution du procès ils peuvent intervenir dans le cours du litige.

L'intervention est donc « le fait par une personne de se mêler à un procès déjà engagé entre plusieurs autres, afin de faire reconnaître un droit qui lui appartient ou d'exercer une influence sur la solution qui sera donnée par le Tribunal relativement aux droits de l'une des parties qui était en cause dans le procès originaire » (9).

L'intervention est volontaire si le tiers fait irruption de son gré dans l'instance déjà engagée ; elle est forcée si le tiers est contraint d'intervenir par une mise en cause de l'un des plaideurs originaux.

1. — Le tiers qui intervient volontairement forme une demande en justice parce qu'il exerce un droit. Son droit est connexe par la cause et l'objet avec le droit du demandeur principal. Le tiers forme aussi une instance mais celle-ci va se confondre avec l'instance originaire et un seul jugement statuera sur les deux demandes. En effet, si le droit de l'intervenant n'était pas connexe au droit exercé par le demandeur originaire, l'intervention serait à bon droit rejetée et le tiers devrait procéder par voie de demande introductive d'instance puisqu'il y aurait deux instances

(9) JAPIOT, déjà cité, p. 517.

distinctes. Cette intervention volontaire est agressive si le tiers poursuit de son côté la consécration d'un droit litigieux connexe au droit du demandeur principal. Tel est le cas de la caution intervenant dans l'instance ouverte par le créancier contre le débiteur cautionné, ou bien du vendeur qui, à raison de son obligation de garantie, veut intervenir dans la revendication dirigée contre son acheteur.

Par contre, l'intervention est conservatoire si le tiers prend fait et cause pour l'une des parties déjà en cause afin d'aider celle-ci à triompher, et ce partant, dans le but de sauvegarder ainsi ses intérêts qui pourraient être compromis si la partie qu'il vient appuyer succombait.

Telle l'intervention d'un syndicat, d'une association ou d'une corporation dans une instance ou l'un de leurs membres est partie et afin de prendre la défense de ses intérêts.

2. — Bien que le Code de Procédure soit resté entièrement muet sur l'intervention forcée, la pratique, néanmoins, a maintenu et généralisé cette création d'une ancienne jurisprudence. Ce n'est plus le tiers qui exerce de son chef un droit en justice, c'est, au contraire, l'une des parties déjà en cause qui va l'y contraindre en l'appelant au procès pour voir déclarer que le jugement à intervenir leur sera commun à tous deux. Le demandeur en déclaration de jugement commun veut empêcher que ce tiers n'attaque ultérieurement le jugement à intervenir par la voie de la tierce opposition ou en décline l'autorité en opposant une fin de non-recevoir tirée de la relativité de la chose jugée.

L'intérêt du tiers mis en cause est identique à celui de l'appelant en garantie. Si la cause des droits qu'ils exercent est distincte, l'objet est cependant le

même. Tel le cas du garanti qui, sur les poursuites de son créancier, se retourne contre son garant.

La demande d'appel en garantie sera-t-elle introductive d'instance ? La doctrine répond négativement, prétextant que cette demande n'est pas soumise au préliminaire de conciliation (articles 48-49 du Code de Procédure civile). Nous pensons, cependant, que la demande de l'appelant est bien une instance, mais cette instance est liée avec l'instance déjà née, et ces deux instances prendront fin par un seul et même jugement, le but de la procédure d'intervention étant d'éviter la multiplicité des procès et la contrariété des décisions.

2° LES ELEMENTS OBJECTIFS

Nous venons d'identifier quelles personnes étaient liées et pouvaient être unies par le rapport juridique déduit du droit exercé par la demande en justice. Nous devons, à présent, analyser les éléments objectifs de ce droit. Par éléments objectifs de la demande en justice, il faut entendre sa cause, son objet, ses moyens.

Il est intéressant de mettre en évidence les critères de la cause, de l'objet et des moyens de la demande parce que cette étude servira de base à la seconde partie de notre travail au cours de laquelle, après avoir posé le principe des trois unités (il y a identité de litiges toutes les fois que deux demandes sont formées ayant le même objet, fondées sur la même cause et entre les mêmes parties plaissant dans leur même qualité), nous délimiterons les droits des plaideurs et du juge à l'égard des éléments objectifs de la demande.

A. — LA CAUSE

La cause du droit déduit en justice est le « fondement direct et immédiat du droit revendiqué »⁽¹⁰⁾. Si dans le Droit des obligations, la « cause » revêt des significations parfois toutes différentes, si elle est, en un mot, marquée de « polysémie »⁽¹¹⁾, dans le droit des actions, au contraire, ce terme est univoque. Par cause, ici, en effet, il faut entendre le « fondement juridique du bénéfice légal que fait valoir en justice un plaideur »⁽¹²⁾.

Ainsi, le propriétaire qui assigne son locataire en résiliation de bail pour défaut de nantissement des lieux donnés en location exerce un droit qui est fondé sur le principe « que le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants peut être expulsé » (article 1752 C. C.). Et, de même, le mineur émancipé qui poursuit son tuteur en reddition de compte de tutelle base le droit qu'il exerce sur l'article 469 du Code civil : « Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit ».

Mais, devons-nous en conclure que toute prescription législative est la cause d'un droit? Tout article du code est-il le fondement juridique et direct d'un droit? Il arrive, en effet, que dans un même article plusieurs droits peuvent y avoir leurs causes. Dans

(10) AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil français, 5^e édition, tome 13, page 440.

MARIGNAN : Rapport sous D. P., 1903, I, 276.

(11) BECQUART : Les mots à sens multiples dans le droit civil français, numéros 40 et 115.

(12) DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon, tome 7, N° 320.

COLIN et CAPITANT : Cours Élémentaire de Droit Civil Français, tome II, N° 490, page 452.

GARSONNET : Traité de procédure, 2^e édition, tome 3, paragraphe 1.130.

son arrêt du 29 octobre 1934 ⁽¹³⁾ la Cour de Cassation a jugé : « En matière de recherche de paternité naturelle, chacun des cas énumérés par l'article 340 du code civil constitue une cause distincte de l'action ; Par suite, et a bon droit, est déclaré irrecevable comme constituant une demande nouvelle l'action fondée, en appel, sur l'existence d'un aveu non équivoque de paternité, alors qu'en première instance la demande était basée sur la séduction par promesse de mariage ».

La demande, donc, tendant à la déclaration judiciaire de paternité peut avoir sa cause dans le viol, le rapt, la séduction dolosive, l'aveu écrit non équivoque de paternité, le concubinage notoire, la participation à l'entretien de l'enfant. Nous trouvons là autant de causes distinctes les unes des autres.

Aussi, en résulte-t-il que la mère définitivement déboutée de sa demande en tant qu'elle exerce un droit prenant sa cause dans une séduction dolosive (article 340, alinéa 2) pourra introduire ultérieurement une autre demande tendant aux mêmes fins mais prenant sa cause dans l'aveu de paternité (article 340, alinéa 3) ⁽¹⁴⁾. Elle pourra, donc, intenter autant de procès qu'il y a de causes prévues par l'article 340 du Code civil si elle se trouve dans le délai et si un premier échec ne l'a pas amenée à désespérer de la justice.

Avant que la Cour suprême ne se soit prononcée dans un sens aussi catégorique et péremptoire, on avait soutenu le système des catégories, inventé contre la multiplication des procès, et d'après lequel tous les faits classés dans la même catégorie relèveraient de la même cause, si bien que la chose jugée

(13) Voyez D. P., 1935, premier cahier.

(14) Voyez M. SAVATIER : « La Recherche de paternité », N° 101.

sur l'un d'eux vaudrait pour tous les faits de la catégorie (15).

Toutes les dispositions d'une loi codifiée, d'après la thèse de M. Savatier (16), ne constitueraient que des présomptions ou des fins de non-recevoir légales. C'est par couches successives de présomptions destinées à appliquer un fond primitif de règles très simples que s'est construit tout le droit des peuples civilisés. Mais il advient un moment où la plupart de ces présomptions acquièrent une force et une individualité telles qu'elles cessent de pouvoir être considérées comme de simples règles de preuve. Elles se classent à ce moment comme règles de fond dans l'application desquelles pourront d'ailleurs se former ensuite de nouvelles couches de présomptions légales. Or, ce moment-là même où une présomption passe de simple règle de preuve au rang de règle de fond est précisément celui où elle va constituer pour une demande en justice une cause nouvelle.

Toutefois, nous ne pensons pas que les divers cas de l'article 340 du Code civil représentent autant de présomptions irréfragables de paternité. La mère qui poursuit un homme en déclaration de paternité doit obtenir que le juge, appréciant les circonstances, admette la vraisemblance, l'équité, l'opportunité d'une déclaration affirmative : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée (art. 340, § 1) (17). Aussi n'y a-t-il point ici une présomption irréfragable comme serait l'état de mariage avec la mère en ma-

(15) Voyez TOULLIER : *Droit Civil Français*, tome 10, N° 166.

MARCADET : « *Explications du Code Napoléon* », tome 5, article 1.351, N° 6.

Paris, 10-5-1850 D. P. 1851-2-125.

(16) Cass. Req. 8. 6. 1928, D. P. 1928-1-153 (sous note).

(17) PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome 2 ; « La Famille », par ROUART, N° 889.

SAVATIER : « *La Recherche de Paternité* », N° 34-9-56.

tière de filiation légitime. La preuve du viol ou du concubinage à l'époque de la conception et même l'aveu non équivoque ne sont ni des preuves directes ni des présomptions légales de la paternité. Il reste possible que le père soit un autre que celui qui se dit tel. A la condition de ne pas commettre une erreur de droit, en déniaut, par exemple, l'état de concubinage sous prétexte de circonstances qui rendent douteuse la fidélité de la femme, il reste possible d'user du pouvoir d'appréciation en décidant que de telles circonstances sont de nature à inspirer des doutes sur la paternité du concubin, malgré le concubinage notoire⁽¹⁸⁾. Aussi, si nous en déduisons que les cas d'ouverture de l'action prévus par l'article 340 du Code civil ne sont pas des présomptions irréfragables mais simplement un élément de la preuve relative imposée à la demanderesse, il s'ensuit que la règle de preuve n'est point devenue ici une règle de fond. Si la thèse de M. Savatier était interprétée de la sorte, les cas de l'article 340 seraient de simples moyens et la cause de la demande en déclaration judiciaire de paternité serait la paternité elle-même.

L'article 340 est mieux qu'une organisation de la preuve car tout dispositif légal qui touche à la constitution de la famille établit une règle de fond⁽¹⁹⁾.

En conséquence, les cas de l'article 340 sont des causes diverses non pas parce que l'on passe de la règle de preuve à la règle de fond, mais parce que « de plano » on se trouve en présence de la règle de fond.

Et de même, les articles 1382, 1383, 1384, 1385 et 1386 du Code civil constituent diverses présomptions de responsabilité, présomptions plus fortes lorsqu'il s'agit de la responsabilité du commettant, du gardien

(18) Cass. Civ.: 27-10-1931, D. H. 1931, page 572, G. P. 1931, 2.893

(19) Voyez note D. P. 1930, I, 113.

ou du propriétaire d'animaux, présomptions moins fortes, par contre, s'il s'agit de la responsabilité des parents ou du propriétaire d'immeubles, mais cependant présomptions sur le même plan comme règles de fond et causes distinctes de l'instance en responsabilité.

La demande basée sur l'article 1382 relève d'une cause différente de la demande fondée sur l'article 1384 ; et les demandes exercées en vertu du paragraphe 1 ou 2 de l'article 1384 ont des causes distinctes ⁽²⁰⁾.

La Cour de Cassation a consacré ce principe de la distinction des causes du droit fondé sur l'article 1382 et du droit basé sur 1384 dans un arrêt célèbre de la Chambre des Requêtes du 23 novembre 1927 : « La victime d'un accident d'automobile qui a assigné le propriétaire de la voiture en vertu des articles 1382 et 1384, § 3, du Code civil et qui fonde, en appel, son action sur la responsabilité du commettant à raison des actes dommageables de son préposé, ne peut baser ensuite son action sur l'article 1384, § 1^{er}, du Code civil et la présomption de faute qu'il édicte à l'encontre du gardien de la chose qui a causé à autrui un dommage. Ces deux demandes, en effet, relèvent d'une cause juridique différente ».

La décision de la Cour suprême a été discutée ⁽²¹⁾. Pour rechercher la cause de la demande, a-t-on dit,

(20) Cass. Civ. 19-3, 1912, D. P. 25-3-1924. — Cass. Civ. 27-7-1926, G. P. 1926 2.628. — Cass. Civ. 24-5-1927, D. P. 1928, I, 128. — Cass. Civ. 29-4-1927, D. P., 5^e cahier, 1929. — Cass. Req., 23, II, 1927, D. P. 1928 I, 121. — Cass. Req. 16-7-1928, D. P. 1929, I, 33. — Cour Douai, 4-3-1929, Recueil Douai, 1929, 104. — Cour Riom, 6-3-1930, G. P. 1930 (1^{er} semestre) 837. — Cour Rennes, 5-6-1930, Recueil Rennes 1930, 417. — Cour Colmar, 27-6-1930. — Revue Alsace-Lorraine 1930 554 — Cour Rennes, 3-7-1930, Recueil Rennes 1930, 550. — Cass. Civ. 14, II, 1934, D. H., 1935, 52.

(21) Voyez notamment la discussion soulevée par M. Besson, qui a commenté l'arrêt de la Ch. des Requêtes du 23-11-1927.

il faut rechercher la source de l'action, le principe générateur du droit revendiqué. Or, pour la Cour de Cassation, une question de preuve, seule, importe puisque le mécanisme de l'article 1384 s'analyse en définitive en un renversement de la charge de la preuve : la partie qui invoque l'article 1384 n'est tenu que d'établir l'existence des faits qui lui servent de base, en l'espèce qu'un dommage lui a été causé par une chose sujette à garde. Sans autre preuve, le défendeur est présumé responsable. Or ce simple déplacement de la preuve ne peut toucher aucunement au fondement du droit, à la source de l'action, à la cause de la demande; l'article 1384, a alors soutenu la critique, n'est qu'un moyen : « Normalement en cas de délit il appartient à la victime de prouver la faute du défendeur. Dans certains cas, la loi le dispense de cette obligation. La faute alléguée est réputée certaine de plein droit. Rien n'est donc changé au fondement de l'action : le demandeur est seulement, en vertu de la loi, considéré comme ayant rapporté sa preuve ».

Nous n'admettrons pas, avec la critique, que la demande fondée sur l'article 1384 relève d'une cause identique à celle du droit basé sur l'article 1382, et nous n'en concluerons pas que la seule distinction à établir entre les deux dispositions consiste dans le fait qu'en vertu de 1384 le demandeur est simplement dispensé de rapporter la preuve de la faute de son adversaire et n'invoque qu'un texte qui touche à l'ordre des preuves ?

En effet, la cause de la demande en justice n'est pas le fait juridique qui constitue le fondement du droit revendiqué. Il nous paraît inexact de prétendre que ce fait juridique serait, d'une façon générale, l'événement ayant pour effet de donner naissance à des droits, de les transmettre, ou d'en entraîner l'ex-

tinction et, *stricto sensu*, l'événement qui entraîne la naissance, la transmission, la transformation, l'extinction des droits sans impliquer l'intervention d'une volonté intentionnelle ⁽²²⁾. Tout fait illicite, alors, est un fait juridique parce que s'il résulte de la volonté de l'homme, sans intention de lui faire produire des effets juridiques, la loi y attache cette conséquence. Aussi, soutenir cette théorie, c'est prétendre que, si par exemple, un automobiliste cause à un tiers un dommage, il commet un acte illicite, et que le fait juridique qui donne naissance à l'action de la victime est l'accident lui-même dès lors qu'il apparaît comme un délit ou un quasi-délit ; la cause de la responsabilité ne serait autre, dans ce cas, que l'acte illicite lui-même.

Nous considérons donc, quant à nous, l'article 1382, et l'article 1384 du Code civil, comme des causes distinctes de droit et non comme des moyens. On nous objectera ⁽²³⁾ que la plupart des victimes d'accidents d'automobiles en présence des fluctuations de la théorie de la responsabilité du fait des choses, incertaines de la jurisprudence du Tribunal devant lequel elles plaident, invoquent généralement à l'appui de leurs demandes en indemnité à la fois l'article 1382 et l'article 1384. N'est-ce pas la meilleure preuve que ces deux textes ne sont que des moyens destinés à faire triompher l'action intentée et qui concourent l'un et l'autre à faire juger définitivement la question de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle du défendeur à propos du même fait juridique » ?

Nous n'estimons pas qu'il faille considérer les articles 1382 et 1384 comme des moyens et la jurispru-

(22) COLIN et CAPITANT : Cours Elém. Droit Civil Français, T. I, P. 60.

(23) Voyez théorie de M. Besson, déjà cité.

dence est, sans doute, unanime dans ce sens aujourd'hui. L'instance fondée sur l'article 1382 tend, comme la demande basée sur l'article 1384, à faire consacrer la responsabilité du défendeur, mais elle procède d'une cause différente parce que l'article 1382 ne vise que la faute tandis que l'article 1384 ne vise que le risque créé⁽²⁴⁾.

Il est important de mettre en lumière la cause de la demande en justice car cette cause doit rester invariable pendant tout le cours de l'instance ainsi que nous le verrons dans la seconde partie de notre étude. L'acheteur, par exemple, qui a assigné le vendeur en exécution du marché, peut-il en cours d'instance par simples conclusions et sans recourir à une nouvelle citation poursuivre la résolution du contrat avec dommages-intérêts, autrement dit, la cause du droit exercé dans la demande en exécution du marché est-elle identique à la cause de la demande en résolution du contrat ? L'objet de ces deux instances, sans doute, a varié mais la cause est la même puisqu'elle est l'obligation pour le vendeur de réparer le préjudice causé⁽²⁵⁾. En vertu de l'article 1184 du Code civil, en effet, l'inexécution de tout contrat synallagmatique peut être sanctionnée, soit par la condamnation à

(24) D. H. 1930, page 6, page 29.

G. P. 1930, I, 39.

« Revue des Deux Mondes », N° du 15-9-1935, article de M. Albert BURSSON : « L'Automobile et la Jurisprudence », page 456.

Voyez également : « Les Rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code Civil », par Jacques FLOUR, thèse, Paris, 1933.

(25) Cour de Rennes, 28-5-1926, Recueil périodique Dalloz (8^e et 9^e cahiers, 1928).

Cass. Req. 12-2-1855, D. P. 1855, 1-80. — Cass. Req. 24, II, 1921, D. P., 22-1-1921. — Cass. Civ., 4-7-1921, G. P., 1921, 2 430. — Cass. Civ. 16-7-1925, G. P., 1925, 2-529. — Nancy, 2-4-1895, D. P., 1895, 2.368. — Bordeaux 15-1.1896, D., P. 1900, 2-209. — Paris 15-1-1919, D. P. 1921, 2-55. — Paris, 25 nov. 1921, D. P., 1922, 2-41. — Rouen, 15-7, 1935 (aff. Durieu et Pimont/Depriester).

l'exécution directe, soit par la résolution avec dommages-intérêts.

Par contre, si un propriétaire assigne son locataire en validité de congé, il est mal fondé à demander en cours d'instance la validité d'un congé donné postérieurement ⁽²⁶⁾.

La demande tendant à faire reconnaître une servitude de passage, fondée sur la prescription, est distincte quant à sa cause de la demande tendant à obtenir un bornage, basée sur l'enclave ⁽²⁷⁾.

Et de même, les acquéreurs qui ont assigné le lotisseur en exécution des travaux, en invoquant dans leur exploit introductif d'instance les lois des 14 mars 1919 et 19 juillet 1924, ne peuvent se prévaloir, en plaidant, des clauses et conditions de leur contrat de vente pour obtenir la réalisation de ces travaux : le droit qu'ils exercent dans leur demande a pour cause la volonté du législateur qui a prescrit à la charge des lotisseurs des travaux d'aménagement, de viabilité et d'assainissement (article 2, § 1^{er}, de la loi). Si, au contraire, l'acquéreur poursuit l'exécution de ces travaux, en se prévalant des conditions de son acte d'acquisition, il fonde sa prétention sur les obligations prévues de part et d'autre dans ce contrat synallagmatique ⁽²⁸⁾.

Sont également distinctes dans leurs causes, d'une part, la demande d'une mère réclamant à une trou-

(26) Rouen, 12-7-1926, D. H., II, 1926, P. 343.

(27) Jur. Génér. Dalloz. V. demande nouvelle, 53.

Dijon, 8-6-1910, D. P. 1911, 2-94.

Rép. Prat. Dalloz : voyez procédure, N° 81.

(28) Cass. Req. : 2-5-1927, G. P. 1927, 2-263.

Trib. Paix Bordeaux, 23-8-1927, G. P. 1929, 1-640.

Melun, 4-1928, R. P. Dalloz, 10^e cahier, 1929.

Cass. Crim. 29-4-1931, G. P. 1931-2-958.

Cass. Civ. 15-7-1931, G. P. 1931-2-660.

Cass. Civ. 5-1-1932, G. P. 1932-1-537.

pe d'éclaireurs scouts des dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle a subi du fait de la noyade dont a été victime son fils au cours d'une promenade organisée par ladite troupe, et, d'autre part, l'instance de cette même femme tendant aux mêmes fins, mais reposant sur l'inexécution d'un prétendu contrat d'assurance. En effet, la première demande repose sur les prescriptions de l'article 1384 (elle vise la faute délictuelle) ; la seconde demande, au contraire, est basée sur les articles 1137 et 1147 du Code civil (faute contractuelle) ⁽²⁹⁾.

B. — L'OBJET

Pour connaître l'objet du droit déduit en justice dans la demande, il suffit de rechercher le but auquel tend la partie qui procède.

L'objet de la demande c'est « la mesure que l'on demande au juge » : reconnaissance d'un droit, établissement d'une situation nouvelle (divorce, séparation de biens), condamnation du défendeur, mesure provisoire : c'est, en un mot, la prétention du demandeur ⁽³⁰⁾.

Ainsi, l'objet de la demande introduite par la victime de l'accident qui ouvre une instance contre l'auteur de l'accident est la déclaration judiciaire de la responsabilité du défendeur et sa condamnation à la réparation du préjudice subi par le paiement de dommages-intérêts.

Il n'est point toujours aisé de mettre en évidence la cause du droit exercé dans la demande. Nous ver-

(29) Paris 26-11-1932, G. P. 1933-1-335.

(30) Voyez « Traité Élémentaire de Procédure Civile » : MOREL, page 387, N° 348.

rons plus loin qu'on se méprend assez fréquemment sur la cause et les moyens de la demande qui sont injustement confondus. Au contraire, l'objet de l'instance est facile à distinguer puisqu'il en est le but et que la prétention du demandeur doit être énoncée explicitement dans l'exploit d'ajournement. La loi prescrit, d'ailleurs, de libeller d'une manière claire et complète dans l'assignation l'objet de la demande ⁽³¹⁾.

L'objet détermine par sa nature la compétence du Tribunal appelé à connaître de l'instance. Si les demandes sont classées en demandes personnelles, réelles ou mixtes, c'est à la nature de leurs causes qu'elles doivent ces différents caractères. Mais c'est en raison de la nature de leur objet qu'elles sont dites mobilières ou immobilières.

L'objet du droit exercé dans la demande doit rester invariable pendant tout le cours de l'instance : cette question sera traitée plus au long dans la seconde partie de notre travail, mais il nous doit, cependant, de souligner ce principe, dès à présent. En effet, la demande en justice devient nouvelle et par là même irrecevable si elle n'est pas introduite par une nouvelle assignation, non seulement si la cause varie, mais aussi si un objet nouveau est substitué à l'objet primitif de la demande. Ainsi, une demande en reconnaissance de servitude de passage par un chemin est entièrement distincte par son objet d'une demande en revendication de la propriété du chemin et ne peut pas être, pour cette raison, soumise au Tribunal par voie subsidiaire ⁽³²⁾. De même des conclusions principales et des conclusions subsidiaires constituent deux demandes distinctes si les premières

(31) R. P. Dalloz, voyez « Exploit », N° 512.

(32) Montpellier, 9-7-1928, Moniteur Juridique du Midi, 15-10-1928.

impliquent la nullité d'une vente et les secondes sa validité⁽³³⁾.

Bien qu'il y ait identité d'objet, élément essentiel de la chose jugée, il ne suffit pas que la chose demandée soit essentiellement la même : il faut, en outre, qu'on réclame le même droit sur la même chose ; lorsque la partie qui demandait certains biens en qualité d'héritière d'une certaine personne ayant succombé dans sa demande, réclame, ensuite, les mêmes biens en qualité d'héritière d'une autre personne qui aurait été l'associée de fait de la première, il n'y a ni identité de cause, ni identité d'objet et l'exception de chose jugée ne peut être accueillie⁽³⁴⁾.

C. — LES MOYENS

Tandis que la cause de la demande en justice est le fait juridique constituant le fondement direct et immédiat du droit exercé dans l'instance, les moyens, par contre, sont les éléments qui concourent à constituer ce fait ou à en justifier l'existence : telle l'argumentation juridique développée par le demandeur et tendant à renforcer la cause de la demande pour mieux assurer la réalisation de son objet.

Si l'exploit d'ajournement doit spécifier expressément la cause de la demande et son objet, la partie qui ouvre son instance est libre de formuler ou non les moyens qui lui paraissent les plus convaincants pour assurer le succès de son procès. Et de même, alors que l'article 464 du Code de Procédure civile interdit de former en cause d'appel des demandes nouvelles, les moyens nouveaux peuvent être formu-

(33) Cass. Req. 8-2-1881, D. P. 1881-1-467.

(34) Cass. Civ. 14-5-1935, Revue de Procédure, 9-11-1935, page 254.

lés pendant le cours de l'instance devant les juges du second degré.

La saisine de la juridiction dont les effets feront l'objet de la seconde partie de cette étude s'oppose à toute modification de la demande dans sa cause et son objet et s'impose tant au Tribunal qu'aux plaideurs : par contre, les moyens de la demande sont laissés au choix des parties qui peuvent en arguer à tout moment de l'instance, et les juges, même, sont libres de fonder leur décision sur un moyen plus juridique, à leur avis, que celui proposé par les parties, à la condition, toutefois, que ce moyen auquel en appelle le Tribunal soit d'ordre public, un moyen de pur droit appuyé sur un point de fait débattu par les parties ⁽³⁵⁾.

Le moyen se distingue donc et de la cause de la demande et de son objet. Nous trouvons, ainsi, un exemple frappant du « moyen » dans la faculté d'abandon conférée à l'armateur par l'article 216 (§ 2) du Code de Commerce, dans le cas où sa responsabilité n'est engagée que par le fait ou la faute du capitaine, son préposé, dont il est civilement responsable ⁽³⁶⁾.

De même, la partie qui ouvre son instance tendant à l'annulation d'une donation pour vices de formes a le choix entre les divers vices de forme, car ce sont là autant de moyens. Mais elle ne saurait tendre au même but en invoquant la survenance d'enfant car elle modifierait la cause de son droit, vices de forme (au sens général du terme) et survenance d'enfant étant des causes distinctes, et pour viser la surve-

(35) R. P. Dalloz « Action », N° 124, Voyez Civ. 17-11-1903, D. P. 1904, 1-109.

(36) Cass. Civ., 17-5, 1892, G. P. 1892, 1-704, S. 1892, 1-308. Rouen, 28-4-1920, G. P. 1926, 2-244.

Cass. Civ., 24-12-1924, G. P. 1925, 1-332.

nance d'enfant elle serait contrainte d'introduire une nouvelle instance.

Par contre, le demandeur en nullité de testament peut invoquer l'insanité d'esprit du testateur, ou la fraude, la collusion, la suggestion, la captation et le défaut d'écriture entièrement de la main du *de cuius* ou des surcharges apportées par une main étrangère parce que ces divers cas ne sont que des moyens, de simples arguments qui ne modifient aucunement la cause ou l'objet du droit exercé dans la demande ⁽³⁷⁾.

Les ayants droit d'un donateur ont demandé dans leur assignation délivrée au liquidateur d'une congrégation donataire dissoute par application de la loi du 7 juillet 1904 la restitution des immeubles donnés en invoquant le droit de retour résultant à leur profit des articles 7 de la loi du 24 mai 1825, et 5 de la loi du 7 juillet 1904, il a été jugé qu'ils peuvent, en outre, par conclusions ultérieures, demander cette restitution pour cause d'inexécution des charges de la donation. En effet, la cause de la demande et l'objet du litige sont demeurés les mêmes et il n'y a dans le fait d'invoquer l'inexécution des charges de la donation qu'un nouvel argument : un simple moyen de droit ⁽³⁸⁾.

Pareillement l'héritier qui attaque un partage pour atteinte à sa réserve et lésion de plus du quart et qui conclut expressément devant les premiers juges à la nullité de l'acte, ne forme pas une demande nouvelle si, en appel, il tire argument de l'inégalité dans la composition des lots. Il se prévaut simplement d'un moyen nouveau ⁽³⁹⁾.

(36) Douai, 2-11-1891, D. P. 1892, 2-114.

(38) Cass. Civ. 20-4-1920, G. P. 1920, 1-620.

(39) Cass. Civ. 28-10-1929, 3^e cahier 1930.

Cass. Civ. 22-7-1895, D. P. 1896, 1-119.

Il a été jugé aussi que la substitution du § 3 de l'article 1251 du code civil au § 1 du même article comme fondement juridique de la subrogation légale constituait simplement un moyen nouveau. (Colmar 14-10-1933, G. P. 1933, 2-1024).

Et de même, un locataire qui, après avoir formé une demande en résiliation de bail pour cause de refus par le bailleur d'autoriser certains travaux nécessaires à la jouissance commerciale du preneur en vue d'une installation prévue par le bail, demande dans ses conclusions que le contrat fût exécuté sans opposition du propriétaire à l'exécution des travaux et que celui-ci fût condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'injuste ajournement des travaux à intervenir, n'invoque qu'un simple moyen, cet argument est distinct de la cause du droit exercé par le locataire, savoir le contrat de bail et ses prescriptions, et de l'objet de la demande qui consiste dans la sanction plus ou moins étendue à donner à cette violation du contrat.

Les moyens sont de droit ou de fait. Les moyens de droit ne sont autres que l'argumentation juridique développée par les parties. Ils sont les principes du droit auxquels fait appel le plaideur pour assurer le succès de son instance en imposant aux juges le respect de la loi. Cependant, le Tribunal, comme nous l'avons dit précédemment, peut substituer à un moyen de droit proposé par les parties un autre moyen lui paraissant plus justifié en la cause.

Les moyens de fait, quant à eux, sont les arguments basés sur la raison et le bon sens et que déploie l'avocat dans sa plaidoirie pour convaincre le Tribunal. Il ne s'agit plus, en effet, de démontrer aux juges le bien-fondé de la demande dont ils sont saisis et de conclure à ce qu'ils y fassent droit en faisant appel à la règle de droit dont l'application paraît s'imposer, mais de justifier de la valeur de l'instance pendante à leur barre en démontrant par des affirmations censées et sérieuses que la demande doit prospérer.

TITRE III

LA DEMANDE EN JUSTICE EST UNE INSTANCE

Le droit mis en œuvre dans la demande dont nous venons d'étudier la cause, l'objet et les moyens, liera les parties en cause, le demandeur qui lance l'assignation et le défendeur qui la reçoit. Ce droit ainsi exercé en justice va créer un état juridique dans lequel seront obligatoirement impliqués les plaideurs qui s'affrontent. Cet état de droit, c'est l'instance dont il nous importe, à présent, d'étudier les caractères et aussi les rapports étroits qui l'unissent à la demande en justice.

1° FORMER UNE DEMANDE, C'EST OUVRIR UNE INSTANCE

Nous n'entendons pas, ici, le terme « instance », comme la série d'actes de procédure qui se succèdent depuis l'assignation jusqu'au jugement. L'instance nous apparaît, avant tout, comme un état de droit qui lie les parties en cause pendant tout le cours du procès.

Avant que le demandeur n'ait lancé sa demande, en effet, les deux parties étaient indépendantes l'une de l'autre. Mais, du jour où le demandeur a signifié

l'ajournement un état de droit va prendre naissance qui imposera au défendeur l'obligation de comparaître sous peine du défaut, de se laisser juger par le Tribunal saisi, de rester en cause jusqu'à la décision des juges et de subir leur sentence quelle qu'elle soit. Les juges seraient-ils incompétents, que le défendeur devrait encore se présenter devant eux pour décliner leur compétence : c'est donc bien que l'assignation de son adversaire l'attire de force en justice. L'instance n'est autre que cet état dans lequel est impliqué le défendeur, mais dans lequel le demandeur, lui aussi, s'implique volontairement. Le demandeur va se lier par son assignation. Pas plus que son adversaire, il ne peut, du jour où sa demande est formée, se soustraire à l'instance. Il la subit. S'il ne conclut pas, défaut sera donné contre lui. Il doit attendre la solution du procès qu'il a introduit jusqu'au jour où le défendeur est tenu de comparaître; et s'il a comparu, jusqu'au jour où il doit fournir ses défenses, le demandeur ne peut faire aucun acte d'instruction ni prendre aucun jugement⁽¹⁾.

C'est avec la demande que l'instance ainsi définie va prendre naissance. Cet état de droit apparaît avec l'assignation. Il s'éteint aussi avec l'appellation à néant de la demande, autrement dit, avec le jugement. Et, en effet, l'instance est créée par le demandeur du jour où sa demande est lancée parce que cette dernière fixe le terrain du débat en déterminant la cause et l'objet du droit soumis à l'appréciation du Tribunal. C'est aussi la demande qui détermine la compétence du Tribunal et qui lui impose l'obligation de statuer, sous la sanction du déni de Justice. Mais surtout si l'instance apparaît dès la demande, c'est que l'assignation lie les parties et le juge pour toute la durée du procès.

(1) GARSONNET et CÉZAR BRU : Procédure civile, page 285.

Il serait erroné de rechercher la naissance de l'instance avant l'introduction de la demande ; la tentative de conciliation ou l'envoi du billet d'avertissement sont sans effet sur l'instance puisqu'en effet leur but est d'éviter l'introduction du procès en tentant de rapprocher les deux adversaires ; l'instance, d'autre part, ne saurait apparaître postérieurement à la demande ; elle n'est pas l'effet de la mise au rôle, et pas plus de la mise en état. Si la mise au rôle est une formalité qui intéresse l'organisation du Tribunal et la distribution des affaires, la mise en état, quant à elle, ne fait que resserrer plus étroitement encore, ce lien juridique, unissant déjà le demandeur et le défendeur, puisque l'affaire devient engagée contradictoirement, et ne peut plus être jugée par défaut.

Nous devons donc en conclure que former une demande en justice c'est ouvrir une instance ; leur nature est la même, leur cause et leur objet sont identiques ; avec Chiovenda, nous pouvons dire que : « La demande contient l'instance en puissance » (2). Nous ne pouvons concevoir qu'il y ait ouverture d'instance sans introduction de demande, et réciproquement. Les conditions de validité de l'instance et de la demande sont les mêmes : une demande irrégulièrement formée entacherait d'irrégularité l'instance (3).

Nous ne découvrons pas davantage une relation de cause à effet entre la demande et l'instance. La demande ne crée pas l'instance, mais l'introduction de la demande et l'ouverture de l'instance sont deux

(2) Principi, page 652.

(3) Sans doute, on a soutenu qu'il pouvait arriver que la demande ayant été régulièrement formée par un demandeur et contre un défendeur capable, l'une des parties devienne incapable en cours d'instance ; en ce cas, l'instance doit être régularisée.

(Voyez sur ce point Morel déjà cité, p. 353, N° 312).

opérations simultanées. Nous estimons, d'ailleurs, quant à nous, que l'instance et la demande, loin d'être mises en parallèle, peuvent, au contraire, être confondues car introduire une instance n'est autre que former une demande. Et, en effet, le terme « instance » est fréquemment employé dans le sens de « demande ». Ainsi le désistement d'instance est une renonciation à la situation acquise par l'introduction de la demande et par l'accomplissement des actes constitutifs de cette instance ; il éteint le litige actuel mais le droit subsiste. Seule la demande est anéantie ; elle peut, dans l'avenir, être exercée de nouveau. Les parties sont remises dans l'état où elles se trouveraient s'il n'y avait point eu d'instance. Aussi se désister de l'instance ouverte revient-il à se désister de la demande formée en justice.

2° CAS PARTICULIERS

Nous avons dit que former une demande en Justice c'est ouvrir une instance, et que loin d'établir entre la demande et l'instance une relation de cause à effet il faut, au contraire, assimiler la demande et l'instance.

Cependant deux questions se posent et qui doivent retenir, ici, notre attention.

A. — LA DEMANDE EN RÉFÉRÉ EST-ELLE UNE INSTANCE ?

Dans un arrêt du 2 juin 1933, la Cour de Cassation qui avait à se prononcer sur le droit de représentation des huissiers en référé a précisé, dans un de ses considérants : « Au surplus le référé n'est pas une instance proprement dite ; il est destiné à

fournir aux parties une solution rapide et provisoire qui ne préjudicie pas au fond et les règles de la procédure ordinaire ne lui sont pas applicables. »

Pour la Cour Suprême, le référé ne serait donc pas une instance parce qu'il ne tend qu'à obtenir du juge une solution provisoire, sans que le magistrat n'ait à connaître du principal.

Cette décision est assez paradoxale; en effet, la demande en référé est bien l'exercice d'un droit; le droit, sans doute, n'est pas identique à celui que le demandeur déduira devant le Tribunal et dont la connaissance échappe au président des référés, mais il y a, cependant, exercice d'un droit connexe au droit de l'assignation au principal. D'autre part, les éléments objectifs de ce droit existent réellement; ce droit a une cause, un objet et des moyens qui en assurent la consécration; par ailleurs, nous trouvons dans la procédure du référé tous les actes des instances devant les juridictions d'exception: assignation, mise au rôle, débats oraux avec dépôt facultatif de conclusions écrites; la demande en référé est mise à néant, elle aussi, par un véritable jugement, ici dénommé « ordonnance »; les ordonnances de référé constituent de véritables jugements, en effet, puisqu'elles doivent être motivées, et, par conséquent soumises, en principe, aux règles relatives à la forme des jugements (4).

Et, d'autre part, si pour un motif quelconque le juge des référés estime ne pas devoir résoudre tout seul la demande qui lui est formulée par une partie, il est libre de la renvoyer en état de référé devant le Tribunal qu'il préside; en renvoyant devant le

(4) PANDECTES : voyez Référé, chapitre 3, section 4, N° 582.

GARSONNET, 2^e édition. — Tome 8, § 3001.

MÉRIGNAC : Tome 2, N° 271.

CHAUVEAU : Quest. N° 2771.

Tribunal, le président ne supprime pas le référé et le Tribunal se trouve régulièrement saisi si toutes les parties ont comparu et si le président les a renvoyées à une audience déterminée, même sans signification de l'ordonnance de renvoi, et sans même assignation ; substitué au juge des référés, le Tribunal instruit l'affaire et juge, comme l'aurait fait celui-ci, sans pouvoir évoquer le fond. Le jugement qui intervient doit donc être assimilé à une ordonnance de référé. Or, la procédure suivie devant le Tribunal ainsi substitué au juge des référés constitue indiscutablement une instance, et, comment alors une procédure tendant aux mêmes fins constituerait-elle une instance dans sa partie suivie devant le Tribunal, et n'en constituerait-elle point dans sa partie suivie devant le président ? Il nous apparaît pour cette nouvelle raison, que puisque former une demande c'est ouvrir une instance, il y a instance introduite du jour où l'assignation en référé est lancée. Et, pour répondre au motif de la décision de la Cour de Cassation que nous rappelions au début de cette discussion, nous préciserons que, selon nous, pour discerner s'il y a instance, il ne s'agit pas d'envisager le but de la demande, mais de rechercher purement et simplement s'il y a eu demande régulièrement formée en Justice. Pour la Cour de Cassation les référés ne sauraient fournir aux parties une solution définitive. Nous pensons, au contraire, que le plus souvent les référés procurent aux plaideurs une solution définitive ; sans urgence constatée, les ordonnances rendues par le magistrat des référés présentent un caractère définitif en ce sens que son auteur ne peut pas les modifier, et qu'elles s'imposent également au Tribunal (5).

(5) Ainsi en est-il dans les cas où le Président s'est réservé dans une ordonnance sur requête le droit de modifier ou de rap-

En résumé, dirons-nous, la demande en référé est une véritable instance qui crée un état de droit où les deux parties sont impliquées dès l'assignation.

B. — LA SAISIE IMMOBILIÈRE EST-ELLE UNE INSTANCE ?

On a soutenu que la procédure de saisie immobilière ne constituait pas une instance parce qu'elle ne comportait pas d'assignation; que, d'autre part, le saisi n'était pas tenu de constituer avoué, et qu'en cette procédure il n'y avait ni contestation, ni cause, ni conclusions; les conditions et les formes de la reprise d'instance, a-t-on dit, y sont difficilement applicables.

Et par contre l'instance apparaîtrait avec l'incident de saisie parce qu'à cette date seule le Tribunal est régulièrement saisi d'une demande en justice ⁽⁶⁾.

Nous pensons, au contraire, que les poursuites de la saisie-immobilière forment entre le saisissant, les créanciers inscrits et la partie saisie, une véritable instance, qui, comme toute autre, peut être entravée par des incidents, c'est-à-dire, par des contestations

porter son ordonnance, et de statuer ensuite sur celle-ci comme Juge des référés (en matière d'envoi en possession, saisie-arrêt, saisie-gagerie, saisie-foraine ou saisie-revendication).

Voyez sur ce point : Président LE FLECH, « Le Juge des Référé », N° 382.

Le Président LE FLECH cite par exemple l'ordonnance de référé qui prononce la mainlevée d'opposition à paiement de chèques (art. 12, L. 14 juin 1865, modifiée par L. du 12 août 1926). L'ordonnance autorisant le mari à s'opposer à certains actes que sa femme se propose d'accomplir en vertu du § 3 de l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907. Celle prononçant la mainlevée d'opposition sur titres au porteur (L. 15 juin 1872, modifiée par L. 8 fév. 1902). Celle cantonnant une saisie-arrêt. Celle autorisant le vendeur d'un fonds de commerce à toucher son prix nonobstant les oppositions (art. 3, L. 17 mars 1909).

(6) Voyez sur ce point : « Lois de la Procédure », par DUTRUC, T. 3, p. 589, N° 445.

qui surviendraient durant son cours. Et le législateur, afin de prévenir les difficultés, d'en diminuer le nombre, d'en accélérer la décision, règle le temps et la manière d'élever ces incidents, la forme suivant laquelle ils seront instruits et jugés, et enfin comment et dans quel délai l'appel du jugement devra être interjeté. En effet, la saisie immobilière crée un état de droit qui saisit le Tribunal. Dans cet état sont impliquées trois parties : le poursuivant, le saisi, les créanciers inscrits ; il y a une véritable demande régulièrement formée ; l'assignation, sans doute, est inexistante, mais la sommation en tient lieu, que signifie le saisissant tant au saisi qu'à ses créanciers, de comparaître à telle audience du tribunal pour entendre lire le cahier des charges et ordonner la publication et la fixation du jour de l'adjudication, et fournir tous dires et observations qu'ils jugeraient bons de présenter. Si les créanciers inscrits et la partie saisie ne comparaissent pas, défaut sera donné contre eux.

La question va alors se poser de fixer la date où l'instance de saisie immobilière prendra naissance ; pour les uns, l'instance naît du jour du dépôt du cahier des charges au greffe, pour d'autres, ce serait plutôt lors de la lecture et publication du cahier des charges. Il nous semble, quant à nous, que cette instance est née du jour de la sommation au saisi et aux créanciers inscrits, cet exploit revêtant, partiellement, tout au moins, les caractères de l'ajournement.

TITRE QUATRIEME

LES CARACTERES DE L'INSTANCE

L'instance, l'avons-nous définie, est l'état de droit qui va unir les parties dans le procès et lier le Tribunal ; l'ajournement impose au demandeur et au défendeur l'obligation de comparaître sous peine de défaut ; elle impose aussi aux juges l'obligation de statuer, sous peine de déni de justice, car c'est un droit pour les parties d'être jugées par le Tribunal devant qui la demande est formée.

Ces effets de l'instance seront-ils la résultante d'un contrat judiciaire passé par les parties en cause ; faut-il, au contraire, attribuer leur origine à un quasi-contrat judiciaire ; nous tendrons, ici, à défendre notre théorie : l'instance n'est ni un contrat, ni un quasi-contrat, mais un acte purement unilatéral.

1° L'INSTANCE EST-ELLE UN CONTRAT JUDICIAIRE ?

L'instance constitue-t-elle un rapport de nature contractuel et faut-il analyser le procès en un contrat conclu entre les parties ?

Selon Garsonnet, Aubry et Rau, Rauter, l'exploit d'ajournement aurait le caractère de la *litis contestation* du droit romain. Un véritable contrat se for-

merait dans l'engagement respectif pris par les plaideurs de rester dans la cause jusqu'à la sentence finale et de subir la décision à intervenir quelle qu'elle soit ⁽¹⁾. L'ajournement maintiendrait l'instance entre les plaideurs soit jusqu'au jugement définitif, soit jusqu'au désistement du demandeur ou l'acquiescement du défendeur ⁽²⁾.

L'instance — contrat judiciaire — est aussi considérée comme telle par Demolombe dans l'explication que celui-ci donne de l'autorité de la chose jugée : « Il est essentiel de préciser la cause efficiente, et pour ainsi dire, la source d'où dérive l'autorité de la chose jugée ; eh bien cette cause efficiente c'est la convention, le contrat judiciaire par lequel les parties s'accordent à soumettre à la décision du juge, le litige qui les divise. Cette convention est nécessaire, sans doute, et la loi l'impose souverainement, nul ne pouvant se faire justice à soi-même. Mais elle n'en a pas moins dès son origine le caractère d'un contrat. Or les contrats n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes. Donc il doit en être ainsi de la chose qui procède elle-même d'un contrat. La chose jugée en dernier ressort a, entre les parties, la même autorité que les transactions, et le contrat judiciaire comment se forme-t-il ? Par les conclusions. Tel est donc le caractère de l'instance judiciaire, une convention, un contrat » ⁽³⁾.

(1) GARSONNET : *Traité Théorique et Pratique de Procédure*, tome 2, page 429, § 662.

AUBRY et RAU : *Cours Droit Civil français*, tome 8, p. 372, note 26.

RAUTER : *Cours de Procédure Civile française*, numéros 59, 115, 161.

(2) Cour de Douai, 1^{er} mai 1868, Sirey, 1869, 2-317.

(3) DEMOLOMBE. Tome 30, N^{os} 382, 383, 384.

Dans le même sens : Colmet de santerre, p. 629.

PONCET : *Traité des Jugements*, tome I, N^o 9, § 356.

La jurisprudence a bien, en effet, adopté partiellement la thèse des auteurs cités plus haut (4).

Mais une question va se poser : en droit romain, l'instance ou plus exactement la partie de l'instance appelée « *Litis contestatio* » éteignait le droit du demandeur et le remplaçait par un droit nouveau, celui d'obtenir un jugement. Il existait ainsi une novation pure et simple ; l'effet primordial de l'instance dans la procédure romaine n'était-il point, en effet, celui-ci : si le demandeur n'obtenait pas satisfaction soit par suite d'une exception soulevée contre lui, soit du fait de la péremption d'instance, le demandeur était forclos pour renouveler sa demande : « *bis de cadem re ne sit actio* ». Nous comprenons, alors, que la « *litis contestatio* » n'ait été qu'un contrat réellement passé entre les parties qui emportait novation du droit déduit en justice : « *sicut stipulatione, contrahitur, ita iudicio, contrahi* ».

Mais, en droit moderne, l'instance emporte-t-elle encore novation ? Certes, non, et les partisans les plus acharnés de la théorie de l'instant-contrat judiciaire reconnaissent les premiers que tout effet novatoire de l'instance a disparu. Il nous suffira de rapporter, ici, le jugement exprimé par Garsonnet sur ce point : « Il est rare que la demande diminue son droit en le déduisant en justice ; il ne le consomme pas par la demande comme cela était avant Justinien par la *litis contestatio* ; il l'exerce, au contraire, autant de fois que cela est nécessaire et l'ar-

(4) Tribunal civil Seine, 16-12-1886, D. 91-3-8. — Tribunal Civil Seine, 23-6-1898. — Et. Cass. Civ., 9-5-1900 ; Pandectes français, 1900-5-83. — Tribunal Civil Seine, 23-3-1907, D. P. 1907-2-281. — Cass. Req., 29-4-1912, S. 1913, I, 185, D. P. 1912, I, 305 (le droit d'appel constitue un droit nouveau qui naît du contrat judiciaire qui s'est formé entre les parties par l'effet de l'instance, liées entre elles, et est essentiellement distinct de celui qui fait l'objet de l'action).

ticle 1204 du Code civil applique ce principe à la solidarité en disant que les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres ; toutefois, on peut citer quelques cas où le demandeur compromet son droit en formant sa demande :

1° Le créancier qui poursuit l'un de ses débiteurs solidaires en exprimant que c'est pour sa part, est sensé lui faire remise de la solidarité et cette remise est définitive quand l'acquiescement du défendeur ou un jugement passé en force de chose jugée sont venus la rendre irrévocable ;

2° Le créancier qui divise volontairement son action entre les différentes cautions en poursuivant l'une d'elles pour sa part seulement ne peut plus revenir sur cette division quand même d'autres cautions auraient été déjà insolubles au moment de la demande » (5).

La thèse de l'instance-contrat judiciaire nous paraît donc assez fragile ; d'ailleurs, ceux-là même qui analysent l'instance en un contrat reconnaissent qu'elle n'est en réalité qu'une « fiction du droit » (6).

« On dit d'ordinaire », écrit Laurent, « que les jugements sont aussi des conventions et on se fonde sur cette analogie de principe d'après lequel la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties qui sont en cause. A vrai dire l'analogie est plutôt une comparaison qu'une raison. Ce n'est pas le consentement des parties qui fait l'essence du jugement, mais c'est l'exercice du pouvoir souverain que la nation délègue aux Tribunaux » (7).

(5) GARSONNET : *Traité Théorique et Pratique de Procédure*, tome II, p. 430, § 663.

(6) RAUTER, N° 59, VALABRÈGUE : *Revue critique*, année 1879, p. 539.

(7) LAURENT : tome 20, N° 88.

C'est, nous semble-t-il, par un véritable abus de langage que l'on parle ici d'un contrat intervenu entre les plaideurs. Le demandeur, d'une part, peut se désister, et le demandeur est mal fondé à renouveler sa demande si le jugement a été pris par défaut, sans que le défendeur ne dise mot. D'autre part, le demandeur n'agit en justice que parce qu'il n'a pas d'autres moyens d'obtenir satisfaction, et qu'il ne peut se faire justice à lui-même. Quant au défendeur, il subit le procès qui lui est fait : s'il se défend c'est qu'il y est contraint. « On ne peut dire qu'il accepte une offre qui lui est faite ; et ce qui prouve au surplus qu'il n'y a pas ici contrat, c'est que si le défendeur ne comparait pas, il sera jugé par défaut : Singulier contrat que celui dans lequel une personne se trouverait impliquée contre sa volonté » (8).

2° L'INSTANCE EST-ELLE UN QUASI-CONTRAT JUDICIAIRE ?

En constituant l'instance, l'ajournement ne formerait qu'un quasi-contrat judiciaire, a-t-on également soutenu ; les partisans de cette théorie reconnaissent, en effet, qu'il n'y a point concours de volontés : le demandeur seul manifeste sa volonté, il agit seul puisque le défendeur est mis en demeure par l'acte d'autrui qui lui impartit de répondre sous peine d'être condamné par défaut.

L'obligation d'être jugé dérive de l'assignation et si le défendeur ne fait preuve d'aucune initiative il n'est tenu que quasi *ex-contractu*. La théorie de

(8) MOREL, déjà cité, page 352, N° 34.

l'instance quasi-contrat tend, elle aussi, à conférer à l'ajournement le caractère d'une convention, emportant l'autorité relative à la chose jugée.

Mais, cependant, le quasi-contrat judiciaire, reconnaît cette théorie, se différencie de la liaison de l'instance et de la contestation en cause. L'instance est liée dès que le défendeur a constitué avoué, lorsqu'il a décidé de faire valoir ses droits ; il y a contestation ou mise en état de l'affaire lorsque les deux plaideurs ont pris leurs conclusions à la barre du Tribunal. Cette distinction emporterait donc l'effet suivant : A partir du quasi-contrat judiciaire, le défendeur qui ne constituerait pas avoué pourrait être condamné, par défaut faute de comparaître. L'instance est-elle liée, le défendeur, s'il a constitué avoué et s'il ne soutient pas de conclusions peut encore être condamné par défaut, mais faute de conclure cette fois, et s'il y a eu contestation en cause, le jugement à intervenir sera réputé contradictoire, et de ce chef, non susceptible d'opposition.

Nous ne nous rallierons pas davantage à cette théorie de l'instance quasi-contrat judiciaire pas plus qu'à la thèse de l'instance-contrat.

En effet, cette notion du quasi-contrat apparaît extrêmement vague pour expliquer les caractères de l'instance ; l'idée de quasi-contrat est très superflue.

S'il y a une obligation mise à la charge il est plus simple de lui donner pour source la loi lorsqu'aucun autre acte que la signification de l'ajournement n'a été fait (°).

(9) Voyez Revue Trimestrielle de Procédure, 1914, p. 534. Article sur l'abus de l'idée du quasi contrat en matière de procédure : « Le fondement de la dette des dépens ».

3° L'INSTANCE EST UN ACTE UNILATERAL

L'instance n'est pas la co-propriété des parties ; les obligations légales qu'elle entraîne découlent de l'impérieuse nécessité de maintenir l'ordre dans la société.

Cet état de droit qui va unir, d'une part, les parties entre elles, d'autre part, les parties et le juge est créé par la seule volonté du demandeur qui, en déduisant son droit, ouvre une instance.

Toute partie est libre de saisir la juridiction de son droit litigieux. Ce partant, toute partie est maîtresse de son instance ; l'instance du demandeur est l'œuvre de la partie qui l'introduit. Elle n'est pas l'effet d'un contrat ni même d'un quasi-contrat.

Cette instance enchaîne le défendeur puisqu'elle l'oblige à se défendre ; elle saisit le défendeur et le Tribunal. Si le Tribunal doit se prononcer sur la demande soumise à son jugement, le défendeur, de son côté, doit faire valoir ses moyens de défense et constituer avoué pour répondre à son adversaire à la barre du Tribunal où l'assignation le met en demeure de comparaître.

Le défendeur est contraint de répondre à l'instance du demandeur. Son silence est sanctionné par le défaut. Et si le défendeur comparaît, l'instance ne lui appartient pas davantage. Le demandeur en est toujours le maître. Lui seul la dirige de même que lui seul en a eu l'initiative. Il peut s'en désister à son gré à tout moment.

La contestation en cause n'existe plus. L'instance n'emporte plus novation du droit déduit en justice. L'instance n'est autre que l'exercice d'un droit litigieux en justice dont le demandeur saisit la juridiction en appelant son adversaire devant le Tribunal

pour subir la décision des juges. Le défendeur ne donne point son accord au demandeur pour être traduit devant le Tribunal. Il doit se soumettre à l'assignation qui lui est signifiée de comparaître et se défendre, sous menace du défaut. Même si le défendeur déclare dans ses conclusions s'en rapporter à justice sur la demande du poursuivant, il ne passe aucun accord avec le demandeur ; au contraire, s'en rapporter à justice est entendu comme une contestation du droit exercé par le requérant.

L'instance est ainsi un acte unilatéral de la part du demandeur. Cet acte s'adresse, d'une part, au Tribunal saisi par l'assignation, et d'autre part au défendeur mis en demeure. Nous ne trouvons donc ici aucun élément ne nous permettant de conclure à un contrat ou un quasi-contrat. L'instance est l'effet de la volonté du demandeur seul d'exercer en justice le droit dont il entend faire assurer la consécration par le Tribunal à l'encontre du défendeur, son adversaire.

DEUXIEME PARTIE

Les effets de la demande en justice “La saisine de la juridiction”

Nous pouvons distinguer deux phases dans la demande en justice : la phase d'instruction, d'une part, qui s'éteint avec la mise en état; la phase d'instance proprement dite, d'autre part, qui lui succède jusqu'au jugement.

En droit romain, et dans le droit français jusqu'au seizième siècle, seule la seconde de ces phases comptait. En effet, l'instance judiciaire puisait sa source dans la *litis contestatio* qui n'avait lieu que par l'acceptation de la part du défendeur du « *Judicium* » proposé, c'est-à-dire, l'expression dernière du concours de volontés nécessaires pour la liaison du procès ⁽¹⁾.

Toutefois, dans les trois derniers siècles de l'ancien régime, un équilibre apparaît entre ces deux phases; c'est qu'à la notion du contrat judiciaire va se substituer l'idée du quasi-contrat ⁽²⁾. Les effets qu'emportait auparavant la *litis contestatio* vont être rattachés pour certains au libelle tandis que d'autres disparaîtront, telle la novation du droit du demandeur. Mais, depuis la Révolution, la première des phases ci-dessus va devenir prépondérante, car de *litis contestatio* ou même de contestation en cause, il n'est plus question : les effets de la demande en

(1) WLASSAK, 1889 : « *Litis contestatio in formular process* ».

GIRARD : *Traité Élémentaire de Droit romain* », page 976.

(2) POTHIER : « *Obligations* », partie 4, chapitre 3, section 3, N° 5.

justice sont produits à présent par l'exploit d'ajournement, cet acte unilatéral accompli par le requérant et qui constitue l'exercice même de son droit litigieux.

Aussi la seconde partie de ce travail est-elle consacrée à l'étude des effets de l'assignation puisque l'ajournement constitue la demande en justice. Le Code civil et le Code de procédure civile nous fournissent une énumération complète et détaillée de ces effets.

Articles 149 et 151 du Code de procédure civile : « Elle oblige les parties à comparaître sous peine d'être condamnées par défaut ».

Article 397 du Code de procédure civile : « Elle lie l'instance et retient les parties en cause jusqu'au jugement définitif ».

Article 77 du Code de procédure civile : « Elle suspend les poursuites du demandeur pendant les délais accordés par la loi au défendeur pour préparer sa défense ».

Article 171 du Code de procédure civile : « Elle saisit le juge de la cause ».

Loi du 11 avril 1838, article 1^{er} : « Elle fixe la valeur du litige et par suite détermine la compétence du Tribunal en premier ou en dernier ressort ».

Articles 549, 550, 1378 du Code civil : « Elle oblige le possesseur de bonne foi à restituer les fruits à compter de la date de la demande ».

Articles 1153, 1154 du Code civil : « Elle fait courir les intérêts moratoires ».

Articles 2244 à 2250 du Code civil : « Elle interrompt la prescription ».

Article 2274 du Code civil : « Elle perpétue certaines actions temporaires ».

Articles 330, 957 du Code civil : « Elle rend trans-

missibles aux héritiers les actions attachés exclusivement à la personne ».

Nous ne suivrons point ce plan parce que nous estimons que la majeure partie de ces effets de la demande doit être groupée sous un seul titre : « *La demande saisit le juge* ». En effet, l'effet primordial de l'assignation est de soumettre impérativement au Tribunal le droit litigieux exercé en justice par le demandeur et de mettre en demeure le juge de statuer sur le différend qui est soumis à son jugement. C'est ainsi que le juge est impliqué dans l'instance et ses pouvoirs d'appréciation vont être restreints et limités par l'initiative du requérant.

Pour connaître utilement des effets de la demande en justice il nous doit d'analyser cette saisine de la juridiction et d'en rechercher les conséquences tant à l'égard du juge saisi que des parties elles-mêmes qui portent à la barre leur instance.

Et, en effet, il nous faut, auparavant, déterminer quel est l'auteur de la saisine. Le juge se saisit-il lui-même, est-il au contraire saisi par les plaideurs ?

Nous allons tenter de justifier par voie d'une démonstration négative que le juge n'est pas le maître du procès qui est déféré à son tribunal. Nous expliquerons que cette saisine est bien l'œuvre des parties parce qu'elle est l'effet essentiel et fondamental de la demande en justice qui n'appartient qu'aux parties.

TITRE PREMIER

LA SAISINE DE LA JURIDICTION N'EST PAS L'ŒUVRE DU JUGE

Il nous doit de préciser, ici, que nous n'entendons traiter que de la demande en justice introduite devant les juridictions civiles; sans doute, serons-nous amenés à faire allusion en certaines parties de cette étude à la procédure suivie devant les tribunaux criminels, administratifs ou commerciaux, mais dans le but de limiter notre travail nous n'avons pas voulu consacrer à ces autres procédures une étude approfondie mais simplement leur faire appel parfois pour établir des points de comparaison.

Nous avons précisé, antérieurement, le sens que nous attribuions à notre expression « saisine de la juridiction » ; saisir le tribunal, selon nous, c'est le mettre en demeure de « dire le droit » dans le procès qui lui est soumis par les parties et que celles-ci portent à sa barre, faute de s'être conciliées, en réclamant de son autorité juridictionnelle la décision qui solutionnera l'instance pendante.

Le juge peut-il donner à l'état de droit dans lequel il se trouve impliqué ses caractères essentiels ? Le Tribunal connaît-il de l'instance ce qu'il veut en connaître ? La peut-il diriger à son gré ?

Ainsi se pose la question que nous allons solutionner par la négative :

Jusqu'au jour du jugement, le rôle du magistrat est passif. Il n'a point à veiller à la régularité de l'instance en ce qui concerne la forme de l'assignation ou la capacité des plaideurs. Le juge reste, pour ainsi dire, étranger à l'instance ouverte par le demandeur. Il n'intervient pas davantage dans la procédure d'instruction. On nous objectera, peut-être, que le juge apparaît cependant à l'origine du procès : soit, lors du préliminaire de conciliation, et dans ce cas le juge de paix préside à la comparution des parties ; soit lors de la demande qui est formulée par le poursuivant et tendant à obtenir l'autorisation d'assigner à bref délai, sans recourir au préliminaire de conciliation : c'est, dans ce cas, au Président du Tribunal que le demandeur adresse son mandement.

Nous remarquons cependant que si le juge ne peut parvenir à rapprocher les deux parties lors de la tentative de conciliation son rôle est terminé et le demandeur est libre d'introduire son instance s'il veut persévérer dans sa prétention ; d'autre part, le président du Tribunal, saisi d'une requête pour assigner à bref délai, à une fonction bien déterminée : répondre cette requête s'il l'estime bien fondée, ou refuser d'y apposer son ordonnance si, au contraire, il la juge non avenue ; il en est de même lors de la petite conciliation devant les tribunaux de paix ; si le juge de paix constate l'impossibilité de concilier les deux adversaires, il délivre au demandeur un permis de citer ; il n'a plus à connaître de la prétention du requérant, lequel est seul maître de lancer sa citation ou de surseoir à l'introduction de sa demande.

Tissier a brossé du juge un tableau un peu expressif mais qui dépeint très justement le rôle passif que doit jouer le magistrat : « Une sorte d'automate

à qui l'on fournit les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement ». En effet, la décision de juridiction contentieuse se caractérise par ceci que le juge ne fait pas acte de volonté. « Il vérifie si certaines conditions exigées par la loi sont remplies, soit en s'appuyant sur certains faits péremptoires, soit en appréciant la valeur des preuves fournies par les parties, soit en appréciant si les faits présentent les éléments ou le degré de gravité exigés par la loi, puis il est obligé de conclure de l'appréciation et de la constatation qu'il a faites à la décision qu'il doit rendre ; il procède suivant un syllogisme : la loi impose telle solution si telles conditions sont remplies ; or, le Tribunal constate que ces conditions sont remplies ; donc le Tribunal, par ces motifs, décide que cette solution sera appliquée. La décision ne dépend pas de la volonté du juge » (1). Certes, la décision du juge ne fait que constater des droits préexistants, elle ne modifie ni ne crée les droits des parties dans la cause, et après la décision du juge les droits sont tels qu'auparavant, la seule mission du juge étant de « dire le droit ».

Le juge ne prépare pas le débat, il ne le dirige pas davantage quant à la procédure qui lui échappe ; il doit, au contraire, accepter le débat tel que les parties le lui présentent. Le juge ne peut pas intervenir d'office ni faire acte d'initiative ; il est ainsi à l'entière disposition des plaideurs. Ce n'est pas le juge qui décidera de juger telle affaire ; les parties ont toujours le droit d'interrompre l'instance qui les lie, et il n'est pas dans les pouvoirs du juge de faire renaître ce lien de droit si les parties ont décidé de le rompre. Les parties peuvent prolonger leur procès, retarder ou ralentir la marche de la procédure. Sans

(1) JAPIOT : « Traité Élémentaire de Procédure civile », N° 146.

doute, les juges peuvent dans le souci d'une bonne administration de la justice donner une impulsion à la procédure en s'opposant aux lenteurs et prescrire ainsi la radiation du rôle d'une affaire qui y était inscrite depuis longtemps; mais il ne faut pas voir ici une immixtion du juge dans la procédure. Si l'affaire est dérolée sur l'ordre du Tribunal, elle n'en perd pas pour cela tous ses caractères et ne devient pas de ce chef la chose du juge qui n'y est pas partie contrairement à ce qui se passait dans la procédure romaine et dans l'ancien droit français. Le dérôlement d'office est une prérogative administrative du magistrat, et si ce sont les parties qui requièrent le dérôlement de leur instance, le Tribunal doit s'incliner et ne peut s'y opposer en refusant de se dessaisir de la cause en prétendant vouloir le connaître contre le gré des parties.

La sentence de juridiction contentieuse n'est que la reproduction des conclusions présentées par l'une des parties en cause. Si le juge accorde quelque chose de plus que ce qui lui est demandé, il statue *ultra petita*, et son jugement sera l'objet de voies de recours. Si une partie réclame du Tribunal une mesure expressément définie, celui-ci ne peut se refuser à la lui octroyer que dans la mesure où cette demande est contestée par l'autre partie, car alors en refusant d'accueillir les conclusions du demandeur le juge n'intervient point d'office mais accueille les conclusions du défendeur; et le juge ne peut faire droit aux conclusions d'une partie qu'en appuyant sa décision sur la base que la partie donnait elle-même à sa prétention. En un mot, si le juge a une liberté complète d'appréciation, il n'aura jamais la liberté de décision. Lorsqu'un particulier a examiné les avantages et les inconvénients d'un contrat qu'il est pour lui question d'accepter ou de refuser, lors-

qu'il a conclu que le contrat était opportun, il est encore libre de ne pas le conclure ; au contraire, le juge, dans le cas même où il peut accorder ou refuser une autorisation en tenant compte de l'opportunité, n'a pas la liberté de refuser cette autorisation s'il a acquis la conviction qu'elle était opportune. Reconnaissons, toutefois, que le principe d'après lequel le juge ne fait pas acte de volonté ne se manifeste guère pratiquement et semble plutôt une subtilité théorique lorsque le juge a de larges pouvoirs d'appréciation. On se rend compte de la difficulté pratique que l'on éprouve à séparer la sentence nécessaire de la décision volontaire si l'on songe aux personnes qui gèrent les intérêts d'autrui en droit civil : tel, par exemple, le tuteur qui agit pour le compte du pupille ; le tuteur, même en dehors du cas de faute, est au moins moralement obligé de passer un contrat qu'il a reconnu préalablement utile pour le pupille. La situation du juge paraît analogue ; les restrictions apportées à la liberté du juge peuvent sembler provenir également de ce fait que le juge ayant à statuer sur les intérêts d'autrui doit résoudre la question en considération de ces éléments qui ne proviennent pas de lui-même, et par conséquent, abstraction faite de toute volonté propre. Il est clair que là où le juge a de très larges pouvoirs, il semble subtil de prétendre que le juge n'a pas de liberté de décision tandis que le tuteur jouit pratiquement de cette liberté ; l'un et l'autre doivent résoudre la question d'après l'appréciation qu'ils portent préalablement sur la situation d'autrui ; c'est plutôt en théorie que la conclusion du juge est juridiquement nécessaire d'après les principes du droit public, tandis que la conclusion du tuteur n'est que moralement obligatoire, sous réserve du cas de faute où elle

serait pour lui juridiquement obligatoire d'après les principes du droit privé.

Nous disions précédemment que la sentence contentieuse reproduisait les conclusions de l'une des parties, et ce, de façon à mieux faire ressortir le rôle passif du magistrat dans l'instance. Il ne faut cependant pas généraliser : le juge, à qui les plaideurs soumettent des conclusions nettement opposées, peut, parfois, adopter une solution intermédiaire qui n'est proposée par nulle des conclusions posées par les parties. Il en est ainsi toutes les fois que le juge y est autorisé par un texte express ou que l'ordre public s'oppose à l'admission des conclusions. Cependant la décision prise par le Tribunal a un caractère exceptionnel et est généralement négative, en ce sens qu'elle refuse de statuer plutôt qu'elle n'impose aux parties une solution provenant d'une intervention active et personnelle du juge. En effet, au point de vue de sa décision finale, le juge doit se baser sur les demandes qui lui sont formulées par les parties à sa barre. Le magistrat, pourrait-on dire, a des « œillères » qui lui sont imposées par les plaideurs et qui lui interdisent de voir ce que les parties ne veulent pas lui soumettre. Le juge civil ne jouit pas de cette liberté d'action dont dispose le magistrat du tribunal criminel et même partiellement la juridiction administrative.

Le système de la procédure civile, en effet, est accusatoire ; le système de la procédure pénale et de la procédure administrative est, lui, inquisitoire.

Le Tribunal criminel ne juge pas seulement des actes juridiques ; il juge surtout l'individu ; la personne du délinquant est livrée au magistrat pénal. Il aura à connaître de la personnalité de l'individu traduit devant son tribunal.

Le Tribunal criminel dirige l'instruction ; il est

le maître du procès. Il n'a plus ce rôle passif que nous connaissions au juge civil.

De son côté, le juge administratif fait, avant tout, des actes juridiques analogues à ceux qu'accomplissent les particuliers et qui modifient les droits existants. Sans doute, les tribunaux administratifs prononcent sur les conclusions prises par les parties dans leurs pétitions. Ils doivent statuer sur tout ce qui fait l'objet de ces conclusions ; ils ne peuvent juger *ultra-petita*, ni se prononcer sur un chef de demande dont ils ne sont pas régulièrement saisis : toutefois le juge administratif dirige l'affaire. Le demandeur présente sa requête au Tribunal ; c'est le Tribunal qui, par une ordonnance, met en cause le défendeur, et c'est au juge que le défendeur adresse sa requête en défense. Le juge administratif comme le juge pénal dirige l'instruction. Il résume la requête dans un rapport et tout les incidents doivent résulter d'une décision de sa part.

Les fonctions de magistrat civil sont tout autres. Cependant bien qu'il ne puisse modifier d'office la cause et l'objet de la demande dont il est saisi, bien qu'il doive se cantonner dans les limites qui lui sont tracées par les parties, si le juge civil peut prescrire certaines mesures d'instruction, son intervention revêt un caractère exceptionnel qui ne fera point perdre à sa sentence le caractère contentieux.

Le Tribunal jouit, aussi, d'une certaine liberté d'action dans le choix des motifs pour appuyer sa décision. Cependant, s'il peut, sans violer la loi, en appeler pour faire droit aux conclusions d'une des parties à des motifs qu'il estime plus solides que ceux que lui propose cette partie, le Tribunal, toutefois, ne peut modifier la cause ni l'objet de l'instance pendante devant la barre. Ainsi les juges saisis d'une action en responsabilité, basée sur l'arti-

cle 1386 du Code civil ne sauraient reconnaître l'inapplicabilité de ce texte à l'espèce, puis, déclarer en l'absence de conclusions de parties sur ce point, que l'article 1384 du Code civil peut y trouver son application. Et, aussi devrait être cassé l'arrêt qui, à la suite d'un accident mortel, statuant sur une demande en dommages-intérêts basée sur les fautes qu'aurait commises le conducteur d'une voiture automobile et le propriétaire du camion et des chevaux conduits par la victime, constate qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'automobiliste ni au piéton, mais condamne celui-ci comme propriétaire des chevaux en vertu de l'article 1385 du Code civil ⁽²⁾.

L'instance ne nous apparaît donc pas comme étant la propriété du juge. Elle reste, pendant son cours, la « chose » du demandeur qui l'a introduite par l'exercice de son droit. Le juge en est donc saisi : il ne peut se l'attribuer de son plein gré.

LE DECRET-LOI SUR LA PROCEDURE CIVILE (30 OCTOBRE 1935) ⁽²⁾

Le décret-loi du 30 octobre 1935 paraît avoir voulu contredire le principe de la passivité du juge dans l'instruction de l'affaire.

(2) Cass. Civ. 19-3-1912, D. P. 1912, 1-325.

Cour de Paris, 20-4-1921, D. P., premier cahier, 1922.

Cass. Civ. 8-1-1924, D. P. 1924, 1-48, G. P. 1924, 1-432.

Cass. Civ., 25-3-24, D. P. 1924, 1-5.

Cass. Civ. 4-2-1924, S. 1924, 1-15.

Cass. Civ. 29-4-1927, G. P. 1927, 2-196.

Montpellier 18-2-1928, Monit. Jud. du Midi, 15-3-1928.

Tribunal Lille, 28-11-1928. Monit. Jud. Paix 1929, 144.

Cass. Civ., 29-11-1934, D. H., 17-1-1935, page 18.

(3) « Le Décret-Loi du 30 octobre 1935 relatif à la Procédure Civile », par M^e Etienne VAULAER, avocat.

Le rapport au Président de la République Française qui sert de préambule au décret précise sans doute, que : « Notre procédure civile est, dans ses grandes lignes, restée inchangée depuis près de trois siècles ; le Code de 1806 s'est si étroitement inspiré de l'ordonnance de 1667 et de la pratique du XVIII^e siècle qu'il a, dans son ensemble, conservé la procédure de l'ancien régime..., sans prétendre transformer la nature de notre procédure ou en méconnaître les principes constants, il a paru au Gouvernement que l'œuvre générale de redressement et d'assainissement économique entreprise par lui rendait indispensable un certain nombre de mesures urgentes destinées à porter remède aux défauts les plus criants et aux abus les plus certains d'un formalisme suranné ».

Toutefois, précisent les Ministres signataires de ce rapport : « Sans aucunement diriger la marche du procès, le magistrat instructeur aura la possibilité d'en contrôler le développement, il pourra ordonner des mesures d'instruction et statuer sur certaines exceptions soulevées par les plaideurs et à l'ouverture des débats présentera un rapport sommaire sur les prétentions et les moyens des parties. »

Ce décret, a-t-on dit, ne vise simplement qu'à réduire les frais de justice et à accélérer la marche de la procédure. Depuis plus d'un an ce texte est en application ; or, si tel était son objet, qu'il nous soit permis d'affirmer, ici, que le décret-loi du 30 octobre 1935 n'a point atteint son but. Les frais judiciaires, à notre connaissance, sont toujours aussi élevés, parce qu'en rapport étroit avec les droits perçus par l'enregistrement sur les actes de procédure et les décisions de justice ; d'autre part, la procédure n'en a pas gagné en célérité ; nous pensons même que les nouvelles obligations auxquelles le décret a astreint juges

et parties ont plutôt concouru à en ralentir la marche ⁽⁴⁾. Cependant, peut-être les effets qu'en attendaient ses rédacteurs se révéleront-ils dans l'avenir ? Nous applaudirions alors à leur réalisation qui satisferait ainsi les intérêts des plaideurs. Mais le décret-loi ne sera-t-il pas, d'ici là, tombé en désuétude, tout au moins dans certaines de ses dispositions ?

Ainsi, à notre avis, ce texte ne vise pas tant à réduire les frais judiciaires et à accélérer la marche de la procédure qu'à franchir une première étape dans l'offensive dirigée contre le principe de la neutralité, et de la passivité du juge. Le magistrat chargé désormais de suivre l'instruction de l'affaire bénéficiera, aux termes du décret-loi, de pouvoirs très étendus puisqu'il lui sera permis de prescrire des mesures d'instruction, de statuer sur certaines exceptions, voire même de convoquer les deux adversaires à la requête de l'une des parties pour tenter une conciliation. Le juge ne reste plus à la disposition des plaideurs ; il va pouvoir s'immiscer dans l'instance et la diriger s'il s'emploie à rapprocher les deux adversaires. Le juge ne restera plus un témoin pendant l'instruction, il deviendra un arbitre, peut-être même un conseil. Si les pouvoirs du Tribunal sont ainsi élargis, les droits, jusqu'alors imprescriptibles des parties, sont limités.

En pratique, sur ce point, le décret-loi, il faut le reconnaître, n'a guère reçu de la part des juges une exécution méthodique ; son application littérale ne pourrait, ce nous semble, que créer une rivalité entre les parties désireuses de rester maîtresses de leur instance, et de son cours, et les juges venant s'immiscer dans l'instruction du procès ; mais, le principe,

(4) Notamment en tentant de rendre presque absolue l'obligation de recourir aux tribunaux de conciliation.

dans sa théorie, n'en est pas moins posé et il contredit nettement la déclaration insérée par les ministres dans la conclusion de leur rapport : « La réforme que nous proposons sera rattachée jusque dans ses innovations les plus importantes à la tradition même de notre code dont elle respecte les cadres et dont elle conserve à la fois la numération et l'esprit ».

La théorie de la demande en justice est atteinte par ce décret qui laisse entrevoir un dessein d'implanter dans notre procédure les principes de certaines procédures étrangères. Ainsi « la conception autoritaire qui fait du juge le directeur du procès est à la base de la législation autrichienne ; dans un grand nombre de dispositions, le Code de procédure autrichien de 1895 prend des mesures rigoureuses pour empêcher les abus de la part des parties et de leurs avocats, et empêcher toute faiblesse des juges. Les délais doivent être rigoureusement observés et les parties ne peuvent y renoncer même d'un commun accord. Le juge ne peut accorder des remises que dans des cas extrêmement graves ; en tout cas, les parties n'y ont jamais droit, c'est le juge qui dirige la procédure, ordonne les mesures d'instruction et y fait procéder, c'est lui qui fait opérer les significations et qui doit intervenir pour empêcher les vices de forme » (5).

De même, au Maroc, le juge est chargé de la direction de l'affaire ; il doit la conduire à sa solution. Toute affaire portée devant la juridiction française du Maroc donne nécessairement lieu à un jugement. La radiation n'est point possible, même si c'est le demandeur qui ne se présente pas. Le désistement d'instance n'est pas prévu mais seulement le désistement de la demande. C'est le juge lui-même qui notifie sa décision à toutes les parties en cause (6).

(5) MOREL, déjà cité, p. 464, N° 426.

(6) « La Procédure Civile au Maroc », thèse de M. Maurice GENTIL, 1916.

TITRE SECOND

LA SAISINE DE LA JURIDICTION EST L'ŒUVRE DES PARTIES

C'est le rôle quasi passif du juge qui nous a fait dire que la saisine lui échappait ; en effet, le Tribunal commis pour dire le droit doit dégager la règle de droit applicable à l'espèce qui lui est soumise ; s'il a ainsi un pouvoir créateur, toutefois, il ne peut pas poser de règle générale ; sans doute lorsqu'il applique purement et simplement un texte de loi, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation « puisqu'il ordonne des actes, des abstentions, des réparations, des restitutions, puisqu'il prononce des injonctions et des astreintes ; il a, souvent, à se préoccuper de considérations d'espèce et dans certains cas, il jouit d'un pouvoir discrétionnaire ; la considération du but à atteindre ne lui est pas étrangère ; il se rapproche, en cela, de l'administration » (1).

Néanmoins, tandis que l'acte administratif est un acte spontané, l'acte juridictionnel est un acte provoqué ; en effet, le juge ne se saisit pas lui-même de la question de droit ; il ne peut pas statuer *ultra petita* tandis que l'administrateur, au contraire, jouit d'un pouvoir d'initiative parce qu'il n'a pas besoin d'être provoqué pour agir (2).

(1) CARRÉ DE MALBERG, N° 255.

(2) MOREL, déjà cité, page 107, N° 73.

Le juge ne peut donc faire naître l'instance, la diriger à son gré, en connaître ce qu'il veut, en un mot l'appréhender comme sa chose. Il doit respecter la cause et l'objet de l'instance dont il est saisi. C'est, qu'en effet, l'instance appartient au demandeur qui l'a créée et qui, par sa demande en justice, en a dévolu la connaissance au juge en lui impartissant l'obligation de la solutionner.

Pour justifier que cette saisine de la juridiction est l'œuvre des parties et non du Tribunal, nous devons développer deux questions : d'une part, la demande en justice est la propriété du plaideur ; d'autre part, c'est la demande qui emporte la saisine.

SECTION I

LA DEMANDE EN JUSTICE APPARTIENT AUX PARTIES

§ 1^{er}. — QUEL EST L'ACTE CONSTITUTIF DE LA DEMANDE ?

La citation en conciliation est-elle un acte de l'instance ? Constitue-t-elle la demande en justice puisqu'elle est le premier acte de la procédure ? Nous répondrons négativement à ces questions.

La citation en conciliation à laquelle le demandeur doit recourir s'il n'en est dispensé expressément par l'article 49 du Code de procédure indique seulement l'intention du demandeur d'ouvrir une instance ; la tentative de conciliation vise à prévenir l'instance. Elle n'est qu'un préambule ayant pour but d'empêcher le procès ⁽³⁾.

(3) Limoges, 18-4-1839 ; S. 1839, 1-425 ; Bordeaux, 13-3-1849, S. 1849, 2-522.

BERRIAT SAINT-PRIX : Procédure Civile I, page 204 ; CARRÉ et

« La conciliation est une formalité tendant à accorder des personnes prêtes à plaider. C'est une procédure préparatoire, un acte préalable à l'instance et non un acte de cette instance. Le préliminaire de conciliation est l'institution légale en vertu de laquelle les personnes entre lesquelles un procès est imminent doivent comparaître devant le juge de paix qui essaie, grâce à l'influence de ses conseils, de terminer leur différend par une transaction » (4).

Mais alors, pourquoi rendre cette tentative de conciliation, en principe, obligatoire ? L'article 57 du Code de Procédure transporte à la citation en conciliation quelques-uns des effets de l'ajournement à condition toutefois que celle-ci soit suivie dans les délais impartis d'une assignation valable, dont l'effet n'est pas détruit par un désistement, une péremption ou un rejet définitif (5). C'est ainsi qu'elle interrompt la prescription (art. 2245 du Code civil et 57 du Code de Procédure), même eut-elle lieu devant un magistrat incompétent. La citation en conciliation fait courir les intérêts moratoires ; le demandeur, certes, serait lésé si cette citation n'en assurait point le cours à son profit puisqu'il ne peut pas encore les demander en justice.

Depuis longtemps, sans doute, le préliminaire de conciliation était négligé et les parties obtenaient par voie de requête présentée au président du Tribunal la dispense de se soumettre à la tentative de conciliation. Mais le décret-loi du 30 octobre 1935 est venu renforcer la portée de l'article 48 du Code de Procédure civile et les parties pour se prévaloir de l'ar-

CHAUVEAU : Lois de la Procédure I, page 233 ; BONGENNE : Théorie de la Procédure 2, page 36-52 ; BOITARD : Leçons de Procédure I. P. 83, N° 121.

(4) JAPIOT, déjà cité, p. 291, N° 397.

(5) Cass. Civ., 16-1-1843, D. P. 1843, 1-49, 22-12-1843, S. 1844. 2-268.

ticle 49 et user de la dispense du préliminaire de conciliation prévue au profit des demandes présentant célérité devront désormais motiver très explicitement l'urgence de leur prétention. Aussi, les préliminaires de conciliation apparaissent-ils plus nombreux depuis le 1^{er} décembre 1935, date d'application du décret-loi sus-relaté et, si aux termes de l'article 54 du Code de Procédure le demandeur peut augmenter sa demande, ne pourrait-on pas considérer la citation en conciliation comme étant l'acte introductif d'instance puisqu'il reste bien entendu que s'il ne s'agit pas d'une demande additionnelle, accessoire ou connexe, mais d'une demande nouvelle, cette dernière doit faire l'objet d'une citation en conciliation spéciale avec observation du délai légal ?

Sans doute, le demandeur en libellant la citation en conciliation expose l'objet de sa prétention et les moyens qu'il entend utiliser pour assurer le respect de son droit ; mais, cependant, l'élément essentiel de la demande en justice, à notre avis, fait défaut ; en effet, la demande en justice tend avant toute chose à s'adresser à l'autorité judiciaire pour voir condamner le défendeur et assurer ainsi le respect du droit litigieux et violé. Or, par la citation en conciliation, le demandeur appelle bien son adversaire en justice, mais devant le juge de paix, d'une part, qui ne saurait statuer en compétence sur l'affaire qui échappe à sa connaissance, soit par la nature du droit contesté, soit en raison du taux de la demande ; d'autre part, la citation tend à un rapprochement des parties si un moyen d'entente peut être accepté de part et d'autre ; elle ne vise pas à une condamnation. Le demandeur, en quelque sorte, en respectant les formes légales prévues, avise simplement son adversaire de ce qu'il réclamera en justice si un accord ne peut remédier à l'instance qu'il se propose d'ou-

vrir. En effet, « le juge de paix jouera le rôle de conciliateur, et non celui de juge ; il ne pourra pas ordonner des mesures d'instruction ; le préliminaire de conciliation est ainsi un acte de juridiction gracieuse et si l'une des parties fait un aveu, cet aveu enregistré au procès-verbal vaut comme aveu extrajudiciaire et non comme aveu judiciaire » (6). Le juge de paix en la circonstance ne jouit même pas des pouvoirs attribués par le décret-loi au magistrat instructeur. Et le préliminaire de conciliation n'a pas les caractères d'une instance contentieuse puisque la citation en conciliation ne rend pas le droit litigieux au sens de l'article 1700 du Code civil, de telle sorte que si ultérieurement et si antérieurement à l'assignation le créancier qui l'a causée cède son droit, le débiteur n'est pas fondé à exercer le retrait litigieux (7). Il n'est pas atteint par le désistement que le demandeur consent de l'instance qui l'a suivi ; et celui-ci peut lancer une nouvelle assignation pendant trente ans sans avoir à la renouveler (8). Il ne peut opérer novation au préjudice du créancier qui demande la séparation des patrimoines. La théorie de la reprise d'instance n'y est pas applicable : le décès de l'une des parties survenu depuis la tentative de conciliation ne nécessite aucune procédure spéciale (9).

Mais la raison la plus évidente de ce que le préliminaire de conciliation ne saurait constituer la demande en justice repose dans le fait que cette tentative de conciliation n'est pas toujours requise. La loi en dispense les plaideurs dans certains cas et laisse

(6) MOREL, déjà cité, p. 473, N° 435.

(7) BIOCHE, N° 9 ; COLMET DAAGE et GLASSON TOME I ; GARSONNET, tome 2, page 222. BAUDRY-LACANTINERIE : Précis de Droit Civil, tome 3, N° 647.

(8) GARSONNET, tome 2, page 224.

(9) GARSONNET, tome 2, page 224, note 20.

par ailleurs un pouvoir discrétionnaire au juge qui doit arbitrer l'urgence de la demande que désire tenter en justice une partie qui sollicite de lui, par voie d'une requête, l'autorisation d'assigner à bref délai. En effet, comment le préliminaire de conciliation, qui n'est ni général, ni absolu, pourrait-il constituer la demande en justice ?

Quant à la requête aux fins d'assigner à bref délai, elle ne constitue pas plus que le préliminaire de conciliation la demande en justice. Cette requête n'a un caractère ni absolu ni général. Elle n'a de la demande en justice aucun des effets que nous analyserons ci-après ⁽¹⁰⁾. Cette requête tend simplement à obtenir du juge une permission l'autorisant à introduire sa demande sans se soumettre au préliminaire de conciliation s'il y a une urgence nettement motivée. Sans doute, la jurisprudence paraît-elle avoir voulu faire une exception pour la requête en séparation de corps et l'instance en séparation de corps serait liée dès la requête ⁽¹¹⁾. Mais cependant, nous devons reconnaître que les effets de la demande sur le fond même du droit ne sauraient être transportés à la requête de séparation de corps ; l'intention du législateur paraît, d'ailleurs, nettement définie à cet égard dans l'article 271 du Code civil.

Seul l'exploit d'ajournement signifié par le demandeur au défendeur constitue la demande en justice ; avant cet acte fondamental de tout le procès, ce ne sont que débats amiables ou requête tendant à obtenir l'autorisation de procéder rapidement. C'est l'assignation qui est le véritable acte introductif d'instance ; c'est, en effet, par cet acte que le demandeur

(10) Caen, 15-5-1854, S. 1854, 2-699.

(11) Cass. Req. 27-7-1825, S. 1825, I. 260 ; Paris, 7-8-1835, S. 1835, 2-493 ; Amiens, 30-4-1836, G. P. 1836, I. 305.

requiert contre son adversaire en lui dénonçant explicitement sa prétention. Cet acte est, dit la loi, « un exploit d'huissier par lequel le demandeur appelle le défendeur à comparaître à un jour ou dans un délai déterminés devant un Tribunal désigné pour voir prononcer sur le différend qui les divise ». Les formes de cet appel en justice ont varié ; dans les civilisations primitives, le demandeur sommait son adversaire de comparaître devant les juges ; si celui-ci s'y refusait, le requérant l'y conduisait de force pour s'expliquer contradictoirement de leur litige : « Si vous appelez quelqu'un devant le magistrat et qu'il refuse de s'y rendre, prenez des témoins et arrêtez-le ; s'il s'esquive et s'enfuit, sommez-le » ⁽¹²⁾.

Dans l'article premier du décret du 3 frimaire de l'an 2, nous lisons : « Les citations devant les tribunaux de district seront faites par un simple exploit qui énoncera laconiquement l'objet ainsi que les motifs de la demande et désignera le tribunal, le jour et l'heure de la comparution ». Aujourd'hui, dans notre procédure moderne, les matières de l'ajournement sont réglées par le Code de Procédure civile, par la loi du 3 mai 1862, et par les ordonnances et décrets relatifs aux colonies des 16 avril 1843, 22 avril 1861 et 29 août 1863.

Il en va de même dans la procédure suivie devant les tribunaux de paix : ce n'est pas le billet d'avertissement qui constitue la demande en justice ; le juge n'est pas saisi par l'appel en conciliation qui n'emporte aucun caractère général ni absolu. Le demandeur peut être, en effet, dispensé d'appeler son adversaire en conciliation si une permission du juge motivée par l'urgence l'en relève, ou si le défendeur est domicilié dans un autre canton. C'est la citation

(12) Loi des 12 tables : Loi N° I.

devant le juge de paix qui constitue l'acte introductif d'instance et lie les parties et le juge.

Devant le Tribunal de commerce, l'assignation emporte les mêmes effets et les mêmes caractères que l'exploit d'ajournement devant les tribunaux de première instance.

Et c'est aussi l'assignation devant le président du Tribunal des référés, dans les référés sur placet, qui constitue l'acte introductif d'instance.

Mais, notre discussion serait incomplète si nous ne réfutions pas tout de suite, (bien que nous devions revenir plus loin sur cette question), la théorie qui tend à prétendre que la demande en justice ne prend véritablement corps que par les conclusions, parce que c'est dans ses conclusions que le plaideur définit nettement sa prétention. L'article 61, alinéa 3, du Code de Procédure civile, dispose que la citation introductive d'instance doit contenir entre autres énonciations l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens ; or, exposer au juge la demande et les motifs qui lui servent de fondement, c'est conclure. Le droit pour les parties de modifier ou de changer leurs conclusions et de produire de nouvelles demandes est en quelque sorte un axiome : « Ce droit », comme le dit justement M. Garsonnet, « n'est pas plus contestable que celui de les soutenir par d'autres arguments » ⁽¹³⁾. Or, la règle veut que les conclusions ne puissent changer la demande. Il est absolu que la compétence *rationae materiae* du juge est déterminée uniquement par les conclusions de l'exploit d'ajournement ; il est impossible pour le demandeur de substituer par des conclusions d'audience à une demande incompétemment portée devant un tribunal une demande rentrant dans ses attributions sous pré-

(13) GARSONNET, tome 2, page 289.

texte qu'elle n'est qu'une modification de la première ⁽¹⁴⁾. Et ainsi les conclusions prises à la barre par le demandeur contre le défendeur défaillant doivent reproduire la demande introductive d'instance ; le motif en est que le défendeur qui fait défaut a pu, reconnaissant le bien fondé du droit exercé légalement par son adversaire, accepter les conclusions énoncées par le demandeur dans l'assignation ; le défendeur ne serait pas mis en demeure de connaître les modifications que pourrait subir la demande ⁽¹⁵⁾.

Les conclusions, comme nous le verrons plus loin, consistent pour le demandeur dans l'exposé détaillé de sa prétention et des motifs qu'il allègue pour assurer le triomphe de son droit ; les conclusions du défendeur sont l'exposé de ses moyens de défense. Une exception, toutefois, est à souligner ici : en cas de demande reconventionnelle, formulée toujours par conclusions, le défendeur au principal introduit sa demande par les conclusions et non comme le demandeur qui a ouvert son instance par l'exploit d'ajournement.

§ 2. — L'EXPLOIT D'AJOURNEMENT, ACTE INTRODUCTIF D'INSTANCE ET CONSTITUTIF DE LA DEMANDE EN JUSTICE, EST LE PROPRE DES PARTIES QUI DOIVENT Y ÉNONCER L'OBJET DE LEUR DEMANDE ET L'EXPOSÉ SOMMAIRE DE LEURS MOYENS.

L'assignation devant le Tribunal civil, la citation devant le juge de paix, ou l'exploit d'ajournement signifié au défendeur devant la juridiction consulaire, ont entre eux un premier trait commun ; ces exploits

(14) Cass. 16-7-1889, S. 1889 I. 432. Lyon 17-7-1844, S. 1845, 2-424. Toulouse, 27-6-1868, S. 1869, 2-19.

(15) Cass. 21-2-1877, S. 1878, I. 51, D. P. 1877, I. 349.

sont toujours libellés par les requérants parce qu'ils constituent la demande en justice et que cette demande appartient aux parties et ne sera soumise qu'après la régularisation de la procédure au tribunal saisi. Les parties sont libres entièrement pour citer en justice quand bon leur semble et porter le différend qui les intéresse à la barre du tribunal, à leur gré. En effet, puisque l'exploit introductif d'instance constitue la demande en justice et que cette demande est la chose des plaideurs, il est juste que l'exploit qui en est l'expression soit rédigé par les parties et les conseils qui les assistent.

D'autre part, ces divers exploits doivent énoncer expressément, à peine de nullité, l'objet exercé en justice, et les moyens employés à l'appui.

Jusqu'en 1539 l'ajournement était distinct du libellé de la demande que le demandeur formulait devant le juge. L'ordonnance de Villers-Cotterets a prescrit que l'ajournement devait contenir l'indication écrite de l'objet de la demande. L'ordonnance de 1667 a reproduit cette obligation et l'article 61 du Code de Procédure civile en a sanctionné l'omission par la nullité. Et, en effet, l'exploit introductif d'instance n'est pas seulement une sommation faite au défendeur d'avoir à comparaître devant le Tribunal ; il est l'explication la plus explicite possible de la prétention du requérant. Si l'assignation doit contenir l'indication de l'objet de la demande et des moyens proposés à l'appui, c'est aux fins d'abrégier la procédure et de permettre à l'assigné dès le début du procès de réunir ses moyens de défense. L'indication de l'objet est une formalité substantielle ⁽¹⁶⁾. Cette indication ne saurait être conçue sommairement ; au contraire, elle doit être libellée en termes précis, dé-

(16) Dijon, 31-2-1870, D. P., 1871, 2. 163 ; Orléans, 5-7-1872, D. P. 1873, 2-12.

taillés. La question de savoir si cette indication est suffisante est affaire discrétionnaire du juge ⁽¹⁷⁾. La Cour Suprême, dans un arrêt du 27 juin 1831 ⁽¹⁸⁾, a jugé : « qu'un exploit introductif d'instance doit être déclaré nul si le libellé et les conclusions en sont conçus dans des termes tellement vagues ou obscurs, qu'il n'est pas possible aux juges de reconnaître quel a été l'objet précis de la demande ; la nullité d'un tel exploit ne saurait être couverte ni par des conclusions additionnelles et explicatives du demandeur, ni même par une défense quelconque du défendeur sur le fond, si cette défense n'a été proposée que subsidiairement à la demande en nullité de l'exploit ».

L'exploit d'ajournement doit être précis et formel parce que c'est lui qui constitue la demande et qu'il emportera la saisine du tribunal.

Quant à l'énoncé des moyens du droit litigieux déduit en justice, il faut et il suffit que soit directement, soit indirectement, l'exploit d'ajournement fasse connaître sommairement à l'ajourné les moyens du requérant. Ainsi sera déclaré nul comme ne contenant pas l'exposé sommaire des moyens exigés par l'article 61 du Code de Procédure civile l'exploit d'ajournement dont les conclusions sont tellement vagues que le défendeur ne peut en contrôler l'exactitude ou en vérifier la portée soit pour y donner son acquiescement, soit pour préparer sa défense ⁽¹⁹⁾. Par exemple, une assignation en divorce est nulle si elle ne contient aucun des moyens de la demande ; il ne pourrait pas être suppléé à son insuffisance au

(17) BONCENNE, tome 2, page 149 ; GARSONNET, tome 2, page 246.

(18) S. 1831, I. 285.

(19) Dijon, 3-2-1870, S. 1870, 2-50 ; BONFILS : Traité Élémentaire d'Organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale. THOMINE-DES-MAZURES : Commentaires sur le Code de Procédure, tome I.

moyen d'énonciations contenues dans d'autres actes, spécialement dans la requête, à moins que ceux-ci ne puissent être considérés comme faisant corps avec elle si copie en était donnée en tête de l'exploit et à la condition que ces autres actes contiennent un exposé des moyens ⁽²⁰⁾. L'article 65 du Code de Procédure civile prescrit, en effet, de donner en tête de l'exploit d'ajournement copie des pièces sur lesquelles le demandeur entend appuyer sa demande. L'inobservation de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de l'exploit et l'unique sanction consiste dans ce fait que le demandeur ne pourrait pas faire rentrer en taxe les copies des pièces signifiées en cours d'instance si même il gagnait son procès. Ainsi les officiers ministériels qui assignent en paiement de leurs frais doivent donner en même temps copie de leur état de frais ⁽²¹⁾. Et de même dans une assignation à bref délai il est nécessaire de signifier en tête de l'exploit d'ajournement copie de la requête présentée au président aux fins de dispense de conciliation, et de l'ordonnance rendue. Sans doute, n'est-il pas indispensable de copier textuellement ces pièces : il suffit d'en donner des extraits relatant le préambule de l'acte, la date, le nom et la qualité des parties, le passage sur lequel la demande doit s'appuyer ⁽²²⁾.

La loi, cependant, ne prescrit pas que l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens sur lesquels elle se fonde doivent constituer deux dispositions distinctes et séparées. Si le demandeur omet

(20) Douai, 11-5-26, D. H. 4-11-1926. R. P. DALLOZ : Divorce, N° 203 ; Nouveau Code de Procéd. Civ. annoté, article 61 ; Nouveau Code Civil annoté, article 239.

(21) Décret 16-2-1807, art. 9.

(22) BONGENNE, tome 2, p. 153 ; BIOCHE : « Ajournement », N° 94 ; CARRÉ et CHAUVEAU : Quest. N° 336.

dans l'exploit d'ajournement d'énoncer l'objet de la demande, il n'est pas fondé à réparer son oubli dans des conclusions amplificatives prises à la barre du Tribunal ⁽²³⁾, mais il a été jugé que l'exploit introductif d'une demande en résiliation de la vente d'un cheval fondé sur ce que l'animal est atteint de vices rédhibitoires contient un énoncé suffisant de l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens ⁽²⁴⁾.

Et c'est parce que l'exploit d'ajournement est ainsi l'acte primordial de toute la procédure que le plaideur doit apporter toute son attention dans la rédaction de l'assignation. Il sera aidé dans cette tâche par son avoué et par son avocat et nous ne saurions trop insister sur la collaboration indispensable de l'avoué et de l'avocat pour la rédaction de l'assignation parce qu'en ouvrant le procès et en créant l'instance, l'assignation liera les parties et le juge ; une fois l'assignation régularisée, en effet, il sera trop tard pour modifier la demande et ce partant l'ajournement ; le juge ne saurait intervenir pour permettre au plaideur de compléter son exploit introductif d'instance ; le juge ne peut davantage modifier l'assignation de son propre chef et si le demandeur estime son exploit d'ajournement incomplet ou erroné il doit le recommencer ; le Tribunal doit rester étranger à la régularisation de cette procédure ; le demandeur dénonce sa prétention à son adversaire de son seul gré sans n'avoir, exception faite pour certains cas prévus strictement par la loi, à recourir à l'autorisation de justice ; si jusqu'à l'ordonnance de 1667 l'autorisation du juge était nécessaire pour pouvoir assigner une partie, depuis cette date et spécialement depuis la loi du 11 septembre 1790, articles 20 et 21, tout

(23) Besançon, 24-1-1845, D. P. 1846, 4-277.

(24) Cass. 11, 11-1846, D. P. 1846, 1-349.

citoyen peut citer en justice qui bon lui semble sans autorisation, et exercer le droit dont il entend faire consacrer l'autorité, mais en restant, toutefois, seul responsable de sa demande en justice dont l'expression lui appartient pendant tout le cours du procès.

Le système français, que nous analysions plus haut, est également celui en vigueur dans certains pays étrangers ; en Angleterre, par exemple, tout procès commence par un « Write Of Summons », acte écrit correspondant à notre exploit d'ajournement et qui, employé jadis devant les Cours de droit commun, a supplanté le système des « requêtes » ou « bills » usités autrefois devant les Cours d'équité ; ce « Write of Summons » doit indiquer au dos la nature de l'objet de la demande ainsi que la désignation de la Chambre de la Haute Cour devant laquelle l'affaire sera portée. Le demandeur est tenu d'indiquer en vertu de quelle clause juridique il agit, si c'est en vertu d'une vente, d'un prêt ou d'un louage ; mais la mention de l'objet du procès, toutefois, ne lie pas définitivement le demandeur comme dans notre procédure. Celui-ci peut encore modifier sa prétention pendant le cours du litige et même l'étendre, mais seulement avec la permission de la Cour. Et si l'assignation paraît difficile ou impossible, l'exploit d'ajournement peut se faire par la voie d'insertions dans les journaux. Cependant, nous devons signaler un caractère distinct dans l'ouverture du procès en droit anglais par rapport aux formes de la procédure civile française : le « Write of Summons » n'est point nécessairement le premier acte de la procédure parce que les parties peuvent éviter les frais de cet acte en comparaisant volontairement tandis qu'en France la comparution volontaire est impossible puisqu'il faut un acte écrit qui constituera la saisine du Tribunal et des parties, qui énoncera expressément la prétention

du demandeur en indiquant explicitement, d'une part, l'objet de son droit et, d'autre part, ses moyens d'action.

SECTION II

C'EST LA DEMANDE EN JUSTICE QUI SAISIT LE JUGE

§ 1. — LE JUGE EST SAISI PAR L'ASSIGNATION

La saisine de la juridiction résulte de l'assignation introductive d'instance et non de l'enrôlement de la procédure sur les registres du greffe ou de sa distribution à une chambre. En effet, la mise au rôle est une formalité opérée par l'avoué de la partie la plus diligente, mais l'enrôlement ne saisit pas le juge ; la distribution d'une affaire à telle ou telle chambre du Tribunal saisi est une mesure ordonnée par le président dans le but de conférer un rang aux affaires pour que chacune vienne à son tour et d'éviter l'encombrement des audiences et le retard dans la solution des instances. Mais l'une et l'autre de ces mesures ne sauraient présenter les caractères essentiels de l'exploit d'ajournement ni emporter la saisine de la juridiction.

Le Tribunal civil de la Seine ⁽²⁵⁾ a jugé que « l'omission du placement d'une opposition à concordat n'entraîne point la nullité de cette opposition, et l'opposant peut utilement en ressaisir le Tribunal après l'audience pour laquelle assignation avait été donnée, au moyen d'une nouvelle assignation « pro-cédant sur et aux fins de la première ».

(25) G. P., 18 mars 1934.

Dans son arrêt de la Chambre civile du 5 avril 1933 la Cour de Cassation ⁽²⁶⁾ avait décidé que « dès l'instant où par une assignation régulière le saisissant a soumis au Tribunal civil la question de la validité de la saisie-arrêt par lui pratiquée, il ne peut plus être porté devant la juridiction des référés aucune demande tendant à la mainlevée pure et simple de la saisie, même par voie de rétractation de l'autorisation du juge en vertu de laquelle il aurait été procédé à défaut de titre justificatif de la créance. Il importe peu que l'assignation en validité n'ait pas encore été placée au Greffe ni inscrite au rôle au jour de la citation en référé ; et la saisine d'une juridiction résulte de l'assignation à la partie défenderesse et non de l'enrôlement de la procédure sur les registres du greffe ou de sa distribution à une chambre : c'est à la date de cet exploit introductif d'instance qu'il faut se placer pour déterminer le pouvoir des juges et les droits des parties ».

Tout jugement en terminant le procès, sauf l'exercice éventuel des voies de recours, dessaisit le juge au moment même où il est prononcé en audience publique ; le Tribunal ne peut plus être désormais saisi aux fins de déclaration de jugement commun que par un nouvel exploit d'ajournement introductif d'une nouvelle instance ⁽²⁷⁾.

Nous n'insisterons pas davantage ici sur cette question, devant y revenir plus longuement dans la suite lors de l'étude des effets de la saisine de la juridiction, lorsque nous analyserons en détail cet état de droit unissant le juge et les parties dans l'instance et qui crée un lien dont le Tribunal et les plaideurs ne peuvent se libérer et dont l'assignation est le nœud.

(26) G. P., 1933-2-88. — D. H., N° 20, 1^{er} juin 1933, p. 313.

(27) Paris, 8-1-1936, D. H. 12-3-36, N° 10, p. 152.
Cass. Civ., 2-12-1929, D. H. 1930, 66.

§ 2. — LES CONCLUSIONS NE SAISISSENT PAS
LA JURIDICTION

Les conclusions ne sont que l'exposé précis des prétentions que les parties soumettent à l'appréciation du Tribunal : motifs et dispositif. Le décret de mars 1808 a prescrit qu'en toute cause les avoués ou défenseurs ne seront admis à plaider contradictoirement ou à prendre leurs conclusions qu'une fois que les conclusions respectivement prises, signées des avoués, auront été remises au greffier. Le demandeur a nécessairement déjà posé ses conclusions dans son exploit introductif d'instance ; il doit prendre obligatoirement et littéralement ses conclusions dans l'ajournement et ce sont ces conclusions qui précisent le point du litige ; toutefois, le demandeur peut expliquer et modifier ses conclusions par la suite, mais il faut que celles qu'il soutient à la barre se trouvent implicitement contenues dans les conclusions primitives ou qu'elles en soient l'accessoire : ainsi, sont considérées comme telles celles tendant à ce qu'il soit admis à une preuve. Quant au défendeur qui n'a pas encore signifié ses moyens de défense au demandeur les conclusions en sont pour lui le moyen.

Or, si les conclusions vont déterminer le terrain du débat en précisant au Tribunal sur quel point il aura à se prononcer, si les conclusions vont de nouveau déterminer la compétence du tribunal, si les conclusions, en visant le fond du débat, empêchent les parties d'invoquer désormais des exceptions, du moins les conclusions ne saisissent pas la juridiction. Les conclusions, comme nous l'avons déjà dit, ne sauraient constituer la demande en justice.

Les conclusions prises contradictoirement à l'audience constituent la mise en état de l'affaire. L'article 343 du Code de Procédure civile dit, en effet,

que : « l'affaire sera en état lorsque la plaidoirie sera commencée ; la plaidoirie sera réputée commencée quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience » ; mais, si la mise en état a pour premier effet d'engager contradictoirement l'affaire et d'empêcher un défaut, et en second lieu enlève au décès d'une partie ou à la cessation des fonctions de l'un des avoués d'une partie en cause toute influence sur la marche de la procédure, du moins nous ne pensons pas que cette mise en état constitue la saisine de la juridiction. L'instance est née depuis longtemps avec l'exploit d'ajournement, c'est-à-dire avec la demande.

Sans doute, a-t-on dit, la mise en état n'est autre que la contestation en cause ; à Rome, après la « *litis contestatio* », le défaut de l'une des parties ne mettait pas obstacle à la solution régulière du litige ; dans notre procédure civile actuelle, après la mise en état, le jugement est toujours contradictoire malgré l'absence de plaidoirie. Cette thèse peut s'appuyer, certes, sur une décision du Tribunal civil de Marseille ⁽²⁸⁾ qui a jugé que : « Des conclusions signifiées, si elles peuvent au point de vue de la procédure pure et simple lier le débat, ne peuvent, quand l'instance ne s'est pas ouverte, qu'elles n'ont pas été renouvelées à la barre, que le débat contradictoire et oral n'a pas commencé, constituer à aucun point de vue le contrat judiciaire, c'est-à-dire la convention synallagmatique se substituant après coup aux actes de procédure déjà échangés et avant la lettre à la décision judiciaire à laquelle ces actes auraient achevé.

Nous ne croyons pas qu'il faille attribuer à la mise

(28) Marseille, 21-2-1924, D. H., 22-5-1924 ; Grenoble, 6-11-1906, D. P., 1909, 2-30 ; Cass. Req. 28-3-1922, D. P. 1922, 1-164.

en état les caractères et les effets de la litis contestation incompatibles, comme nous l'avons souligné précédemment, avec l'ajournement. Nous ne pensons pas que l'on puisse découvrir ici la notion de quasi-contrat ou de contrat judiciaire ; il faut voir, selon nous, dans cette pose de conclusions, dont la mise en état est l'effet, une obligation légale ⁽²⁹⁾. En un mot, les conclusions n'emportent pas la saisine du Tribunal. En effet, l'échange des conclusions n'emporte pas d'autres effets que ceux découlant naturellement de la dénégation par le défendeur des prétentions exposées par le demandeur dans son assignation ; le seul effet de cette dénégation est de donner au Tribunal le droit de statuer contradictoirement et d'empêcher le défendeur d'invoquer les exceptions qui n'étant point d'ordre public doivent être soulevées *in limine litis*. L'échange forcé des conclusions marque la soumission des parties à la loi et procède de l'obligation pour les parties de suivre l'instance dans les formes légales pour assurer la solution du litige ; il n'éteint pas le droit du demandeur pour le remplacer par un droit nouveau. L'instance liée n'engendre pas davantage un contrat judiciaire d'où naîtrait un droit nouveau. Le contrat judiciaire, comme nous nous en sommes déjà expliqué, est une création arbitraire procédant d'une tradition mal comprise. A supposer même que ce contrat existe, on ne saurait le concevoir comme engendrant l'extinction du droit déduit en justice et la naissance d'un droit nouveau. Si un contrat implique nécessairement le concours de deux volontés au moins, ce prétendu contrat judiciaire est exclusif de la volonté libre des parties, car si le demandeur saisit le Tribunal, c'est qu'il n'a pas

(29) Cass., 29-4-1912, S. 1913, 1-185 ; GARSONNET T. 2, N° 200 ; GLASSON et TISSIER, T. I, N° 397.

d'autres moyens d'obtenir satisfaction ; quant au défendeur, s'il comparait et conteste, c'est qu'il n'y a pas pour lui d'autres moyens de défendre ses droits ⁽³⁰⁾.

Les conclusions, en indiquant aux juges les points sur lesquels ils doivent statuer, fixent ainsi les limites du débat. Le juge saisi d'une contestation ne décidera que sur ce qui est porté aux conclusions. En effet, on doit réputer abandonnés ou négligés par la partie tous les chefs de l'exploit que son avoué n'a pas repris dans les conclusions soutenues devant le juge, à moins qu'il n'y déclare qu'il entend se référer au libellé de l'exploit introductif d'instance.

CAS PARTICULIERS

La demande reconventionnelle. — Nous venons de voir que l'assignation constituait la demande en justice et ouvrait l'instance en saisissant le Tribunal du droit litigieux. Certaines demandes, cependant, telle que la demande reconventionnelle, ne se forment pas par voie d'exploit introductif d'instance, mais par conclusions.

Ces conclusions vont-elles alors saisir le juge ?

La demande reconventionnelle est une « contre-action » ⁽³¹⁾ dont l'effet sera d'atténuer ou même d'anéantir la condamnation qui menace le défendeur ; c'est la demande formée par le défendeur comme réponse à l'action dirigée contre lui. Pour M. Garsonnet : « Les demandes reconventionnelles sont, *lato sensu*, toutes celles formées par le défendeur soit qu'elles tendent à la compensation judi-

(30) Voir article de M. le Professeur Hébraud, dans la Revue critique de Législation et de Jurisprudence, novembre-décembre 1934.

31) JAPIOT, déjà cité, page 500, N° 818.

ciaire, soit qu'elles aient un autre but ; *stricto sensu*, celles qui ne tendent pas à la compensation » ⁽³²⁾.

La Cour de Cassation a jugé, en effet : « Les conclusions du défendeur, pour avoir le caractère de demande reconventionnelle, doivent tendre à lui procurer un avantage distinct et indépendant du rejet de la demande principale » ⁽³³⁾.

Si la demande reconventionnelle échappe au préliminaire de conciliation, c'est qu'elle n'est pas introductive d'instance (art. 48 C. P. C.) ; elle se forme par un simple acte d'avoué à avoué : elle doit toujours être portée devant le Tribunal saisi de la demande principale : en effet, pour qu'il y ait instance, il faut un exploit d'ajournement ⁽³⁴⁾.

Le défendeur, en signifiant au demandeur originaire une demande reconventionnelle par voie de conclusions, ne va donc pas créer un nouveau lien de droit entre les parties déjà impliquées dans l'état juridique de la demande principale. Toutefois le défendeur émet une prétention alors que depuis la signification de l'ajournement et sa constitution d'avoué, il n'a joué que le rôle de défendeur réunissant tous les éléments propres à faire déjouer la demande du poursuivant. Cette prétention qu'il formule il en saisit le requérant et le Tribunal. Le juge va être ainsi saisi par les conclusions du défendeur de la demande de ce dernier car l'assignation qui n'émanait que du demandeur ne pouvait être l'expression de cette réclamation. Si cette saisine créée par la volonté

(32) GARSONNET, Précis de Procédure, N° 170, p. 124.

(33) Cass. Civ. 3-3-1924, D. P. 1926, 1-14.

(34) Cass. Req. 8-7-1925, S. 1927, 1-294.

« C'est à bon droit que le demandeur est déclaré forclos dans l'exception d'irrecevabilité tirée de ce que la demande reconventionnelle formée par le défendeur aurait dû l'être par voie d'ajournement et comme la demande principale, si, au lieu de soulever cette exception in limine litis, il a conclu au fond et discuté le bien fondé de la dite demande reconventionnelle ».

du défendeur est relative à la saisine qu'emporte la demande principale, le Tribunal, quant à lui, doit statuer, en même temps, sur la demande principale et sur la demande reconventionnelle. Cependant, si cette dernière, qui peut être formée jusqu'à la clôture des débats, a été formée tardivement, le juge peut retarder sa décision sur la demande reconventionnelle et statuer en premier lieu sur la demande principale.

Et, puisque la demande reconventionnelle n'est pas une instance distincte de la demande principale, si celle-ci est nulle pour cause de forme ou pour incompetence, la demande reconventionnelle ne peut prospérer.

D'ailleurs, les demandes reconventionnelles n'ont point revêtu dans les législations romaines et de l'ancien droit français les caractères qu'elles emportent de nos jours. Les législations primitives, formalistes et très attachées au principe de l'unité de l'instance, n'étaient guère favorables aux demandes reconventionnelles. Le Droit romain finit, cependant, par les admettre (*mutuae petitiones*). De même la procédure féodale voulut les méconnaître. La procédure coutumière ne pouvait admettre que le demandeur originaire fut condamné sans avoir été assigné régulièrement au préalable et mis à même de préparer ses moyens de défense dans les formes et les délais ordinaires, formes et délais qui avaient profité à son adversaire. La coutume de Paris dans sa première rédaction (1510) avait consacré le principe « reconvention en Cour laye n'a point lieu » ; sans doute, dans sa seconde rédaction (1580) elle atténua la rigueur de cette prohibition : « Reconvention en Cour laye n'a lieu, si elle ne dépend de l'action et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action primitivement intentée ; en ce cas le défendeur,

par les moyens de ses défenses, se peut constituer demandeur ».

Quant au Code de Procédure civile, seul l'article 464 vise les demandes reconventionnelles puisqu'il pose le principe de l'interdiction de demande nouvelle en appel « à moins qu'elles ne tendent à la compensation ou qu'elles ne soient la défense à l'action principale » ⁽³⁵⁾.

(35) GARSONNET, déjà cité, p. 129, N° 177.

Rennes, 31-10-1923. Recueil de Nantes 1923, 1-341 :

« Une demande reconventionnelle n'est admissible qu'autant qu'elle est une réponse à la demande principale. N'est pas, en conséquence, recevable lorsqu'elle est formulée par voie de simples conclusions, une prétendue demande reconventionnelle sans lien de dépendance ou de subordination avec la demande principale et reposant sur des faits complètement indépendants et distincts. »

Nice 10-10-1923. G. Tribunaux 30-12-1923 :

« Une demande en dommages-intérêts fondée uniquement sur un abus de citation ne constitue pas une demande reconventionnelle susceptible d'être introduite par voie de simples conclusions. Elle n'est pas, en effet, de nature à faire échec à la demande principale et à servir de défense au fond ».

Sur la saisine de la Juridiction dans la procédure de Renouvellement de bail commercial, voyez P. MARIN, Avoué près la Cour d'Appel de Rouen : Traité sur la Propriété commerciale, 2^e édition, p. 166, N° 150.

TITRE TROISIEME

LES EFFETS DE LA SAISINE DE LA JURIDICTION

Nous devons envisager ici, les effets de la saisine à l'égard du juge, d'une part, ses effets à l'égard des parties, d'autre part.

SECTION I

LES EFFETS DE LA SAISINE A L'EGARD DU JUGE

Ces effets semblent pouvoir être classés en trois catégories :

- 1° La saisine fixe la compétence du juge ;
- 2° La saisine impose au juge l'obligation de statuer ;
- 3° La saisine empêche le juge de modifier la demande dont la connaissance lui est dévolue.

§ 1. — LA DEMANDE EN JUSTICE, EN DÉFÉRANT AU TRIBUNAL LA CONNAISSANCE DU LITIGE, FIXE LA COMPÉTENCE.

C'est un droit absolu pour les parties d'être jugées par le Tribunal devant lequel la demande est portée ;

la demande en justice, en effet, fixe invariablement la compétence de ce tribunal. « La compétence reste en suspens jusqu'à l'engagement de l'instance et il n'y a droit acquis pour une partie ni à traduire son adversaire, ni à être traduite par lui devant le tribunal qui, à l'époque où des rapports de droit ont commencé à s'établir entre eux et au moment même où la contestation est née, semblait désigné pour en connaître » (1).

C'est en libellant son exploit d'ajournement que le demandeur fixe la compétence du juge. Ce n'est point le juge qui détermine lui-même sa compétence. Ainsi c'est en assignant son adversaire en 10.000 francs de dommages-intérêts et en réclamant dans son ajournement sa condamnation à l'entière responsabilité d'un accident, que la victime fixe la compétence du Tribunal civil ; au contraire, c'est en demandant une indemnité pour des réparations locatives à son locataire sortant que le propriétaire détermine la compétence du juge de paix. Et, en effet, en saisissant la juridiction de la connaissance du litige, la demande en justice précise la compétence de cette juridiction (art. 61 du Code de Procédure civile). Du jour où les parties ont soumis au Tribunal leur différend et l'ont saisi, elles ne sauraient lui enlever sa décision. Sans doute, le Tribunal est présumé en avoir déjà eu connaissance ; les frais d'autre part, exposés jusqu'à seraient perdus (2).

Cependant, si la compétence du Tribunal est déterminée par la demande, si cette compétence ne peut plus être modifiée par les parties, les juges, d'autre part, n'ont plus le droit de se déclarer incompétents sans motif légitime. Le Tribunal ne peut pas davan-

(1) GARSONNET, déjà cité, t. 2, p. 7, N° 399.

(2) TARDIF, thèse Paris, 1881.

tage déléguer sa juridiction ; les parties ne sauraient être distraites de leur juge naturel. C'est aux parties elles-mêmes qu'incombe le soin de chercher le Tribunal compétent ; sans doute, les articles 168 et 170 du Code de Procédure civile laissent-ils entendre que les juges qui se déclarent incompétents devraient indiquer le Tribunal compétent ; en réalité, en se déclarant incompétent, le Tribunal doit simplement se dessaisir de l'instance. Ainsi deux tribunaux saisis de la même affaire se sont tous deux déclarés incompétents ; la partie qui prétend que ces décisions lui portent préjudice peut interjeter appel et se pourvoir en Cassation ; elle peut aussi se pourvoir en règlement de juges ; si la juridiction chargée du règlement de juges estime que l'un des Tribunaux s'est à tort déclaré incompétent, elle mettra à néant la décision ; si, au contraire, elle estime fondées les deux demandes d'incompétence, elle débouterà le demandeur et renverra celui-ci à se pourvoir devant un troisième juge, mais elle ne le désignera pas.

Et si une demande est portée devant un Tribunal compétent alors que précédemment un autre Tribunal a déjà été saisi d'un litige présentant avec elle une connexité formelle ou si même ce litige n'est autre que la demande dont la connaissance a été dévolue au premier Tribunal (litispendance), la loi veut alors que le Tribunal saisi le second se dessaisisse au profit des premiers juges. C'est l'assignation qui créera la litispendance, et pour savoir quel est le Tribunal saisi le second en confrontera les deux exploits d'ajournement. C'est à la barre du Tribunal qui aura été saisi par la seconde assignation que devra être soulevée l'exception de litispendance. Pour déterminer le Tribunal saisi le dernier, on ne s'en référera pas à la mise au rôle ni à la prise des conclusions mais aux dates des ajournements. Signalons,

toutefois, que si le Tribunal premier saisi est une juridiction d'exception et que le second soit une juridiction de droit commun, dans ce cas le Tribunal d'exception, bien que saisi le premier, devra renvoyer devant le second.

Nous avons dit plus haut que la demande emportait la saisine de la juridiction et nous rattachions cet effet à l'exploit d'ajournement comme à la citation devant le Tribunal de Paix. Parmi les effets de la saisine de la juridiction à l'égard du juge, nous avons étudié en premier lieu la détermination de la compétence du juge. Mais, si l'exploit d'ajournement emporte la compétence du Tribunal civil, la citation va-t-elle créer la compétence du juge de paix ? En effet, si cette compétence est fixée par l'exploit d'ajournement en première instance, devant le Tribunal de Paix, la compétence ne sera-t-elle pas déterminée par les conclusions prises à la barre ? Ainsi, une partie qui intenterait une action tendant à voir condamner le défendeur au paiement d'une somme de 10.000 francs devant le juge de paix peut-elle, par voie de conclusions, réduire sa demande à 4.500 francs dans le but de la faire rentrer dans les limites de la compétence de ce Tribunal et éviter ainsi que le magistrat saisi ne se déclare incompétent ?

En théorie, il nous semble que le demandeur procède mal en réduisant sa demande pour respecter la compétence du juge de paix. Il devrait, s'il entend attirer son adversaire devant le Tribunal de Paix, se désister de son instance et citer de nouveau le défendeur en chiffrant sa demande à 4.500 francs.

Mais deux objections se présentent : d'une part, « le chiffre de la demande » ⁽³⁾ est déterminé non par la citation mais par les dernières conclusions du

(3) MOREL, déjà cité, page 259, N° 323.

demandeur. Et, dans ce cas, alors, la compétence de la juridiction ne sera plus fixée par la citation (la demande en justice), mais par les conclusions du demandeur. D'autre part, lorsque le juge de paix est saisi d'un litige qui est de la compétence du Tribunal de première instance, la jurisprudence fait une double distinction. Si l'affaire de par sa nature échappe à la compétence du juge de paix, son incompétence est absolue⁽⁴⁾. La compétence du juge de paix ne peut donc pas être prorogée « *de re ad rem* ». Mais si le juge de paix n'est incompétent que du chef de la valeur du litige, en ce cas son incompétence n'est que relative, sa compétence pouvant être prorogée « *de quantitate ad quantitatem* ». Si une ancienne jurisprudence voulait que les parties, par une sorte de contrat judiciaire, déclarent expressément devant le juge de paix accepter qu'il connaisse de l'affaire dont le taux de la demande excédait sa compétence⁽⁵⁾, la jurisprudence actuelle, au contraire, estime possible pour la partie d'acquiescer à la sentence et de couvrir la nullité, et soutient que cette incompétence ne saurait être soulevée pour la première fois en appel⁽⁶⁾.

Il apparaît, dans ces conditions, que, devant cette juridiction d'exception, si la demande crée la compétence eu égard à la nature de l'affaire, du moins quant au chiffre du litige, ce sont les conclusions qui fixent la compétence.

En conséquence, devant les Tribunaux de droit commun, c'est la demande et non la somme adjugée qui fixe la compétence, et le Tribunal valablement

(4) Cass. Req., 23-10-1888, D. P. 89, 1-449 ; Cass. Civ., 17-3-1924, D. H., 1924, 350.

(5) Cass. 9-3-1857, D. P. 1857, 1-125 ; Cass. I, 1858, S. 1858, 1-302.

(6) Cass. Civ., 3-2-1896, S. 1896, 1-165 ; Cass. 7-12-1925 ; S. 1926-1-76.

saisi reste compétent pour statuer, nonobstant tout changement arrivé par la suite dans la condition ou dans le domicile des parties.

Le Français, qui a été cité devant un Tribunal de France par un demandeur étranger et qui, lui-même, devient étranger après l'introduction de la demande, ne peut pas utilement invoquer l'exception d'incompétence tirée de son extranéité alors même que le litige mettrait en jeu le statut personnel des parties (7).

En principe, la compétence est fixée d'une manière irrévocable par les conclusions prises dans l'exploit introductif sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'augmentation ou de la diminution apportées par le demandeur à sa demande primitive par des conclusions additionnelles prises dans le cours des débats. Ainsi il a été jugé (8) : « Qu'un Tribunal de Commerce incompétent *ratione materiae*, au regard des conclusions prises par le demandeur dans son exploit d'ajournement, ne peut retenir le litige en se fondant sur ce que l'objet des conclusions additionnelles déposées au cours du procès rentreraient dans sa compétence ». Le Tribunal saisi est et reste compétent, même si la loi nouvelle attribue la compétence à un nouveau Tribunal. La demande reconventionnelle sera sans influence sur la fixation de la compétence. Une demande en intervention portée devant un Tribunal saisi de la demande principale ne peut pas modifier la compétence déterminée par l'ajournement.

(7) Cass. Civ., 4-2-1891, S. 1891, 1-449.

(8) Cass., 16-7-1889, S. 1889-1-432.

§2. — LE JUGE DOIT STATUER, SOUS PEINE DE DÉNI DE JUSTICE, SUR TOUS LES CHEFS DE LA DEMANDE.

La demande en justice en emportant la saisine de la juridiction met le juge dans l'obligation de statuer. Aux termes de la loi, le juge doit se prononcer sur les différends qui lui sont soumis par les justiciables ; il tient cette fonction juridictionnelle de l'Etat ; il doit remplir cette mission et ne saurait se refuser à assurer cette tâche. Le juge saisi par le demandeur n'est pas en droit de repousser la requête des parties sans l'avoir auparavant examinée attentivement et sans se prononcer sur le litige déferé à la barre de son Tribunal.

Mais, non seulement le Tribunal doit statuer sur les instances ouvertes par les plaideurs qu'il est appelé à départager, il doit aussi vider toutes les questions qui lui sont soumises. Les juges, en effet, ouvriraient aux parties une voie à la Cassation s'ils se prononçaient sur telle question qui leur est soumise et s'ils passaient sous silence tel autre chef de demande. Pour rechercher si le Tribunal s'est acquitté entièrement de son rôle, à quel acte faut-il se référer pour connaître les chefs de demande exposés au Tribunal et ainsi déterminer si le Tribunal a répondu sur tous ?

Il ne faut pas s'en référer à l'assignation, laquelle saisit véritablement le Tribunal comme nous nous en sommes expliqué précédemment. Il faut envisager à cet égard les conclusions seules. En effet, l'exploit d'ajournement parce qu'il constitue la demande et ouvre l'instance saisit le Tribunal liant les juges et les parties en cause. Mais ce sont les conclusions qui indiquent véritablement aux juges les points sur lesquels ceux-ci doivent faire porter leur sentence.

Il ne faudrait point en déduire une contradiction

formelle au principe que nous avons développé plus haut, savoir que c'est la demande (l'exploit d'ajournement) qui emporte la saisine de la juridiction. Nous entendons bien que la demande saisit le juge puisque si les parties veulent obtenir du Tribunal une décision judiciaire sur une prétention dont la cause ou l'objet ne sont point ceux de la demande formulée par l'acte introductif d'instance, elles doivent en saisir la juridiction par une nouvelle assignation. Nous verrons aussi dans le paragraphe suivant que le juge ne peut modifier pas plus la cause que l'objet du droit litigieux qui lui est soumis.

Toutefois, les parties, à la condition formelle de ne point nover la cause ou l'objet de leur demande peuvent abandonner dans le cours de l'instance l'un des chefs de leur demande. Elles peuvent restreindre, par exemple, le chiffre de leur prétention. Ainsi, un propriétaire qui a fait pratiquer une saisie-gagerie sur les biens de son locataire pour assurer la conservation de sa créance s'élevant à 15.000 francs va, dans son assignation, appeler le locataire en justice aux fins de le voir condamner à lui payer le montant des loyers arriérés ; voir valider cette saisie-gagerie, en assurer sa conversion en saisie-exécution, prononcer la résiliation du bail et assurer l'expulsion de son locataire; le propriétaire réclame toutes ces mesures dans son exploit d'ajournement. Le locataire, dans le cours de l'instance, pourra régler à son bailleur une somme à valoir sur les loyers en lui faisant offre de s'acquitter du solde par acomptes. Le demandeur est fondé, alors, dans ses conclusions, à réduire sa réclamation au chiffre de la créance véritablement exigible, et en demander condamnation contre le débiteur en accordant à ce dernier les délais sollicités par lui avec stipulation qu'à défaut de règlement d'un seul acompte, la totalité de la

créance deviendrait aussitôt exigible et que les mesures d'exécution sollicitées par le bailleur dans son exploit d'assignation ne deviendraient effectives qu'en cas de carence du défendeur. Le Tribunal doit, pour statuer, envisager seulement les conclusions du demandeur et ne prononcer que sur les chefs des demandes qu'elles formulent.

En premier lieu, le juge doit vider toute contestation qui lui est soumise conformément aux lois qui régissent la matière alors même que l'application de ces lois n'aurait pas été requise expressément par les parties, et il appartient, certes, à la Cour suprême de statuer sur les moyens de pur droit soulevés devant elle et tirés de ce que les juges du fait n'auraient pas tiré des faits par eux constatés les conséquences qui en découlaient légalement⁽⁹⁾. « Ainsi, le devoir de la justice est de protéger les justiciables contre les entreprises qui peuvent leur nuire dans leurs intérêts moraux et matériels et les Tribunaux ne sauraient remettre à statuer jusqu'au moment où les entreprises auront épuisé leurs effets pernicieux »⁽¹⁰⁾.

En second lieu, les juges ne sont pas tenus de statuer sur les prétentions contenues dans l'ajournement lorsqu'elles n'ont pas fait l'objet de conclusions à la barre du Tribunal. D'ailleurs, si ces mêmes prétentions étaient ensuite formulées en cause d'appel, elles devraient être repoussées comme demande nouvelle⁽¹¹⁾.

Les juges ne sont donc tenus de s'expliquer que

(9) Cass. Civ., 4-12-1929, G. P., 1930, 1-130 ; Cass. Civ., 6-1-1930, G. P. 1930, 1-448 ; Cass. Civ., 5-7-1932, G. P. 1932, 2-606.

(10) Alger, 27-7-1896, D. P. 1897, 2-143.

(11) Code Procédure Civile annoté, article 464, N^{os} 44 et suivants. Décret 30 mars 1808, article 69, N^{os} 16 et suivants ; Cass. Civ., 12-3-1845, D. P. 1845, 1-202 ; Riom, 21-5-1886, D. P. 1887, 2-66.

sur les moyens figurant dans le dispositif des conclusions prises devant eux et on ne saurait leur faire grief en attaquant leur jugement de ne pas avoir répondu aux articulations du demandeur dans sa requête introductive d'instance, alors que celui-ci ne les a point reproduites dans le dispositif de ses conclusions ⁽¹²⁾.

C'est ce qu'exprimait, en effet, le Vieux Brocard : « *Sententia debet esse conformis libello* ». Il est important, disaient Roubaud et Merlin, « de n'omettre dans les conclusions aucun des objets litigieux sur lesquels on a intérêt à faire statuer par le juge. Car il ne pourrait avoir aucun égard en prononçant à ce qui n'y serait pas expressément compris, quand même la demande se trouverait énoncée dans le corps de la requête ».

Le juge saisi par la demande en justice de la contestation ne peut donc décider que sur ce qui est porté aux conclusions. En effet, on doit réputer abandonnés ou négligés par la partie tous les chefs de l'exploit que son avoué n'a point repris dans les conclusions à moins qu'il n'y déclare entendre se référer au libellé de l'exploit introductif d'instance.

Mais, si ce sont les conclusions qui tracent aux juges les limites de leur sentence, les juges de leur côté doivent statuer obligatoirement sur ces conclusions. En effet, il y a une obligation pour les juges de limiter rigoureusement leur sentence aux conclusions des parties de même qu'il y a obligation pour eux de statuer sur tous les points de ces conclusions. Le jugement doit prononcer sur toutes les questions que présente le procès. Cette obligation leur est prescrite tant par la loi des 16 et 24 août 1790, article 15,

(12) Cass. Civ., 21-11-1893, D. P. 1894, 1-269, Jur. Gén. DALLOZ, v. Jugement, N^{os} 695 et suivants ; Cass. Req., 2-2-1903, D. P. 1903.

que par l'article 141 du Code de Procédure civile, aux termes desquels tous les jugements doivent contenir dans leur rédaction l'exposé du point de fait et du point de droit. Ainsi, il a été jugé⁽¹³⁾ que les juges devant lesquels une compensation est demandée par des conclusions formelles ne peuvent se dispenser de l'admettre ou de donner les motifs qui s'opposent à ce qu'elle soit admise. Un Tribunal de Commerce saisi d'une demande en nullité d'un acte et en radiation, en conséquence, des inscriptions prises en vertu de cet acte ne doit pas seulement déclarer nul l'acte incriminé mais aussi ordonner la radiation des inscriptions. En ne prescrivant que la nullité de l'acte, le juge omettrait de statuer sur un chef de la demande. Et, d'ailleurs, lorsque les parties ont soumis au Tribunal tous les chefs du procès, le Tribunal, à la fin de son jugement, après avoir statué et motivé sa décision, inscrit toujours la formule suivante : « Déboute les parties de toutes conclusions contraires ou plus amples », afin que reproche ne lui soit pas fait d'avoir omis de statuer sur l'un des chefs de la contestation. Mais, encore faut-il que les motifs insérés dans les attendus du jugement justifient ce rejet de conclusions contraires ou plus amples.

Il peut arriver que le jugement sans se prononcer d'une manière spéciale sur tel ou tel chef de conclusions le décide néanmoins d'une manière implicite, ou que, réciproquement, telle ou telle décision d'un jugement se trouve implicitement requise par tel ou tel chef de conclusions. Ainsi, lorsqu'un Tribunal prononçant sur une intervention formée dans un procès pendant par devant lui la déclare mal fondée au fond, il statue par cela même suffisamment sur toutes les conclusions particulières prises par la

(13) Cass. Civ., 2-2-1891, D. P. 1891, 1-198.

partie intervenante. Il n'est point obligé de prononcer en outre, sur chacune des conclusions prises séparément.

Et si donc, le juge a le devoir absolu de statuer, il ne doit pas le faire à la légère, mais justifier, au contraire, sa décision en indiquant les raisons claires et précises, en un mot motiver son jugement. « Dans la décision finale qui tranchera le fond du litige, il n'est pas douteux que le juge ne peut, en principe, s'appuyer que sur la base sur laquelle les parties fondaient leurs conclusions. Mais, en dehors même d'une disposition spéciale de la loi ou d'un intérêt d'ordre public, il est certain que le juge jouit d'une certaine liberté dans le choix des motifs et peut, sans violer la loi, s'appuyer pour adopter les conclusions d'une partie sur des motifs qui lui semblent plus solides que ceux que cette partie a proposés. C'est une question fort délicate de préciser dans quelle mesure le juge peut suppléer ainsi aux motifs non fournis par les parties et dans quel cas il introduit à tort un moyen nouveau ou change à tort la cause ou l'objet de la demande, dans quel cas, au contraire, il se borne avec raison à déduire ce qui est implicitement contenu dans les motifs des conclusions. Il y a, sur ce point, des distinctions à faire qui sont fort difficiles à formuler d'une manière précise » ⁽¹⁴⁾.

Les motifs dont nous signalions la nécessité absolue dans la rédaction des jugements sont les raisons qui ont inspiré la décision du Tribunal : « Les difficultés les plus graves se trouvent éclaircies par les motifs et les interprétations des lois marchent dans une route sûre parce que des guides nombreux et fidèles l'auront fermement tracée » ⁽¹⁵⁾.

(14) JAPIOT, p. 130, N° 160.

(15) CHAUVEAU sur CARRÉ, quest. 595.

Ce principe ⁽¹⁶⁾ s'applique à toutes les décisions de la justice civile ⁽¹⁷⁾, commerciale ⁽¹⁸⁾, administrative et criminelle ⁽¹⁹⁾.

Les motifs des jugements n'ont pas besoin d'être eux-mêmes motivés. Le juge doit motiver la décision qu'il prononce sur les faits des conclusions des parties, mais il n'est point tenu de répondre à chacun des arguments et moyens employés par les plaideurs pour appuyer leur prétention. Les motifs seront bons ou mauvais, mais ce qui est formel pour le juge c'est d'articuler les raisons qui l'ont déterminé à prononcer, et les parties ne seront pas fondées à attaquer sa décision pour défaut de motifs. Toutefois, il est aujourd'hui reconnu que les jugements préparatoires qui ne préjugent rien et qui, par leur existence, démontrent les motifs qui les ont dictés, n'ont pas besoin d'être motivés ⁽²⁰⁾.

Et la saisine de la juridiction en mettant le juge en demeure de statuer emporte une sanction à la violation de cette obligation légale. Nous devons distinguer cependant, selon que le juge a omis de prononcer sur l'un des chefs de la demande ou que la décision du Tribunal n'a pas été motivée. L'omission de prononcer aux termes de l'article 480, § 5, du Code de Procédure civile, ouvre la voie à la requête civile, et ne peut, par conséquent, fournir ni un moyen d'appel, ni une ouverture de cassation. En omettant de se prononcer, le juge commet un déni de justice. Comme l'écrit très justement M. le Pro-

(16) BACON : *Nec decreta exeant cum silentio, sed iudice sententiæ suæ rationes adducant, idque palam atque astante corona* (Aph. 38).

(17) Article 141 et 470 C. P. C.

(18) Article 433 Code de Commerce.

(19) Articles 163, 195, 369, Code instruction criminelle.

(20) Sur les motifs des jugements et l'annulation pour insuffisance de motifs, voir jur. Gén. DALLOZ : « Jugement ».

fesseur Morel ⁽²¹⁾ : « Les juges doivent juger sous peine de déni de justice. Il y a déni de justice, décide l'article 506 du Code de Procédure civile, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes et négligent de juger les affaires en état, ou en tour d'être jugées. Il y a également déni de justice, aux termes de l'article 4 du Code civil, lorsque le juge refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Et, en effet, la procédure de la requête civile tend à voir rectifier le jugement qui n'a point répondu sur tous les chefs de la contestation dont le Tribunal était régulièrement saisi. Mais, si le juge ne statue sur aucun des chefs, s'il refuse de se prononcer, alors la voie de la prise à parti est ouverte aux parties qui, par respect du principe que nul ne doit se faire justice à soi-même, ont saisi l'autorité judiciaire pour en appeler à son pouvoir juridictionnel et voir cette autorité se prononcer sur les questions soumises à son appréciation ⁽²²⁾.

Mais si le juge, tout en statuant sur la demande, n'a point donné de motifs, sa décision peut être cassée par la Cour suprême.

(21) Morel, déjà cité, p. 184, N° 143.

(22) Sur « Requête Civile », voir : Jur. Gén. DALLOZ ; MOREL, N°s 644 et suivants. JAPIOT, N°s 1.100 et suivants.

Sur « Prise à parti » : voir Jur. Gén. DALLOZ ; MOREL, N°s 153 et suivants ; JAPIOT, N°s 854 et suivants.

§ 3. — LE JUGE NE PEUT PAS MODIFIER LA DEMANDE DONT LA CONNAISSANCE LUI EST DÉVOLUE PAR LA SAISINE DE LA JURIDICTION. LA DEMANDE EN JUSTICE N'APPARTIENT PAS AU JUGE, ELLE EST L'ŒUVRE DES PARTIES.

A. — *Le juge ne saurait modifier la cause ou l'objet du droit déduit en justice.*

1. — *Doctrine.*

L'obligation pour les juges de statuer sur tout ce qui leur est demandé par les parties dans les conclusions entraîne évidemment l'obligation de ne pas substituer une demande à une autre. Les juges doivent veiller, d'une part, à ce que les plaideurs qui les ont saisis d'une instance dont la cause et l'objet sont révélés par l'exploit introductif ne modifient dans le cours du procès la cause ou l'objet du droit sur lequel ils doivent se prononcer. Aucun texte de loi, en effet, n'interdit aux juges, saisis d'une demande en dommages-intérêts, de viser, comme base de leur décision, des faits postérieurs à l'assignation et survenus en cours d'instance pourvu que ces faits soient du même ordre que ceux que l'assignation leur a déférés. Ainsi, des conclusions prises au cours d'une instance et se rattachant à la demande originale par l'identité du fait sur lequel elles se fondent ne peuvent être considérées comme une demande nouvelle devant donner lieu à une citation particulière et former l'objet d'une instance spéciale alors surtout qu'elles ne seraient que la conséquence ou le développement donné au litige par les débats contradictoires des parties.

D'autre part, le juge ne peut pas, lui non plus, transformer l'instance en modifiant soit la cause, soit l'objet de la demande, même si cette transformation

lui apparaissait mieux fondée et plus juridique ; en effet, s'il procédait de la sorte, le juge ne statuerait plus dans les limites fixées par les parties, mais, en modifiant l'instance, jugerait *ultra petite*. Tout en respectant la cause du droit litigieux dont il est saisi et sans violer la nature de l'objet de ce droit, le juge pourrait excéder dans son jugement le chiffre de cet objet, s'il accordait, par exemple, des dommages-intérêts à un taux supérieur à celui fixé par le requérant ; le juge ne le peut pas parce qu'il ne peut accorder plus que ce que les parties ne réclament ; dans ce cas encore, sa décision serait attaquable pour cause d'*ultra petita*. Le juge doit donc se maintenir rigoureusement dans la limite du débat. C'est sur les conclusions respectives des parties, avons-nous dit, que le juge doit rédiger sa sentence, sans ne pouvoir statuer au delà. La raison de cette obligation dont ne saurait s'affranchir le Tribunal a déjà été soulignée antérieurement : les parties, en effet, imposent aux juges leur instance, elles en sont maîtresses, libres de la fonder sur la cause qui leur paraît la plus juridique et de déterminer l'objet précis de leur demande. Cette instance restera toujours la chose des plaideurs ; elle sera soumise à l'interprétation du Tribunal chargé de dire le Droit, mais l'autorité judiciaire serait mal fondée à faire sienne l'instance et à en modifier les éléments.

Le juge ne pourra pas, d'une part, se prononcer sur des choses qui ne lui sont pas demandées ; il ne doit pas, par exemple, adjuger le prix au lieu de la chose réclamée, des intérêts au lieu du principal ; s'il condamne une partie aux dépens contre laquelle aucune conclusion tendant à cette condamnation n'a été prise, le juge outrepassé ses droits. Le juge, d'autre part, ne peut accorder plus qu'il ne lui a été demandé : il ne saurait adjuger à une partie qui n'en

réclamait que l'usufruit la propriété d'un immeuble, et il ne peut ordonner que les intérêts seront capitalisés si la partie ne réclame que les intérêts simples.

Le terme *ultra petita* est employé communément dans le cas où le juge a accordé ce qui ne lui était pas demandé et dans celui où il adjuge plus qu'il ne lui était réclamé⁽²³⁾.

2. — *Jurisprudence.*

Ces principes ont trouvé une confirmation absolument formelle dans une jurisprudence constante.

Si une partie saisit le Tribunal d'une demande tendant à voir reconnaître son droit de propriété sur certaines eaux, les juges qui ont à se prononcer sur ce droit exercé en justice par celui qui revendique la propriété d'une chose ne doivent pas statuer sur une prétention qui n'a pas été émise par le demandeur dans son exploit introductif d'instance et que celui-ci, par la voix de son avocat aurait manifestée tardivement dans le cours des débats ; ainsi, un jugement statue *ultra petita* lorsqu'en reconnaissant au demandeur la propriété de certaines eaux, il ajoute d'office que cette partie a le droit absolu de rejeter ces eaux à la rivière après s'en être servi si cela lui plait. (Cass. Civ., 5-6-1889. D. P., 1890, I, 134).

Par contre, si une partie avait réclamé un droit de co-propriété d'un terrain dans son exploit d'ajournement, et s'était prévalu dans ses conclusions d'être seule propriétaire, le jugement qui déclare cette partie seule propriétaire, ne statue pas *ultra petita* parce que le Tribunal n'excède pas les limites que les

(23) JAPIOT, page 130, N° 160 ; MOREL, page 648, R. P. DALLOZ, Jugements, N° 205, Jurisprudence générale, DALLOZ, Jugements, N° 157 ; DUTRUC, tome 2, page 333, Jurisprudence générale DALLOZ : Conclusions, N° 63 ; GARSONNET, tome 5, paragraphe 1117, Jurisprudence générale DALLOZ : Requête Civile, N° 81.

parties lui ont fixées. (Cass. Req., 4-7-1895. D. P., 1896, I, 31).

Et, de même, si une victime d'accident a assigné l'auteur de l'accident pour le voir déclarer responsable et l'entendre condamner en conséquence à lui verser une indemnité sous forme d'un capital à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice par elle subi, le Tribunal saisi de cette instance ne dépassera pas le champ du débat et ne changera ni la cause ni l'objet de la demande sur laquelle il doit statuer en condamnant l'auteur de l'accident à payer au demandeur non pas un capital mais une rente alors que les juges n'ont pas accordé à la victime une rente calculée sur un capital supérieur à la somme réclamée par le demandeur. (Cour de Douai, 27-5-1895. D. P., 1897, 2, 132. Cass. Civ., 20-11-1894. D. P., 1895, 1, 177).

Les juges n'ont pas le droit, avons-nous dit, de substituer une demande à une autre. Ainsi, alors qu'il est constant que des dommages-intérêts ne peuvent être accordés que pour un dommage actuel et certain, les Tribunaux saisis d'une demande en réparation n'ont que l'option entre les deux partis suivants : ou rejeter la demande parce que mal fondée, ou bien faire droit aux conclusions du demandeur en accordant réparation du préjudice dont il apporte la justification certaine. Mais les juges ne sauraient décider de surseoir d'office à statuer afin de pouvoir, selon eux, le fait dommageable se poursuivant, mieux apprécier le dommage causé. (Cour d'Alger, 27-7-1896, D. P., 1897, 2, 143).

Parce qu'ils ne peuvent pas modifier l'objet ou la cause de la demande mais doivent statuer dans les limites des conclusions des plaideurs, les juges ne peuvent pas, après avoir repoussé une demande en dommages-intérêts fondée à raison de l'explosion de

matière inflammable, sur les articles 1733 et 1880 du Code civil, rechercher si le défendeur ne serait pas, en dehors d'une cause contractuelle, responsable du dommage causé par les choses qu'il avait sous sa garde en vertu de l'article 1384 du Code civil. (Cour de Paris, 20-4-1921, D. P., 1922, 1^{er} cahier). Et, en effet, la cause du droit, reposant sur l'article 1384 du Code civil que consacrait le Tribunal de la Seine dont le jugement devait être infirmé, diffère de par sa nature et son caractère juridique de la cause du droit exercé par le demandeur dans son assignation et reproduit dans ses conclusions. Si le demandeur réclame des dommages-intérêts en se fondant exclusivement sur l'article 1386 du Code civil et reproche à son adversaire de n'avoir pas entretenu une levée de terre dont il était propriétaire et dont la rupture a causé une inondation préjudiciable à la récolte du requérant, les juges du fond ne peuvent pas, tout en écartant l'article 1386 comme inapplicable, condamner le propriétaire de la digue par application de l'article 1384 du Code civil et substituer ainsi à la demande dont ils sont saisis une autre demande sur laquelle aucune des parties n'a conclu et n'a été mise en demeure de plaider. Cass. Req., 7-1-1879, D. P., 1879, 1, 111 ; Cass. Civ., 19-1-1903, D. P., 1903, 1, 40 ; Cass. Civ., 19-3-1912, G. P., 1912, 1, 562 ; Cass. Civ., 28-4-1917, G. P., 1917, 972 ; Bayeux, 29-1-1914, G. P., 1914, 1, 379 ; Cass. Civ., 8-1-1924, G. P., 1924, 1, 432).

Et aussi, si une partie assigne son adversaire pour le voir condamner à l'indemniser du préjudice qu'elle a subi en fondant son instance sur l'article 1382 du Code civil à raison de la séduction par abus d'autorité et promesse de mariage dont elle aurait été victime, les juges ne peuvent pas repousser cette demande en déclarant qu'elle a pour objet une reconnaissance implicite de paternité naturelle, non rece-

vable en raison de ce que la demanderesse ne produit aucun commencement de preuve par écrit conformément aux prescriptions de l'article 340, § 2, du Code civil. (Cass. Civ., 8-1-1924, S., 1924, 1, 13, D. P., 1924, 1, 48, G. P., 1924-1-432 ; Cass. Civ., 4-2-1924, G. P., 1924, 1, 602, S. 1924, 1, 15, D. P., 1924, 1, 38).

Les juges saisis par le propriétaire d'un immeuble incendié par communication du feu par la maison voisine d'une demande en dommages-intérêts fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil à raison des fautes commises par le propriétaire de cet immeuble ne peuvent, en reconnaissant qu'aucune faute n'est établie à la charge de celui-ci, le déclarer responsable cependant en conséquence du sinistre par le motif qu'il est atteint par la présomption de faute de l'article 1384 et ne peut justifier d'aucun fait susceptible de l'en dégager (Cass. Civ., 25-3-1924, G. P., 1924, 1, 754, S., 1924, 1, 13). Et si la victime d'un accident d'automobile qui assigne le conducteur propriétaire de la voiture en fondant sa demande sur les articles 1382 et 1383 du Code civil n'a pu établir la preuve de la faute de l'automobiliste, les juges doivent la débouter de son action ; ils ne pourraient pas, après avoir reconnu qu'aucune faute n'était démontrée à l'encontre du défendeur, condamner ce dernier en vertu de l'article 1384, § 1^{er}, du Code civil, qu'il substituerait ainsi aux dispositions légales invoquées par le demandeur. (Cass. Civ., 27-6-1926, G. P., 1926, 2, 628 ; Cass. Civ., 29-4-1927, G. P., 1927, 2, 196 ; Montpellier, 18-2-1928, *Mon. Judic. Midi*, 15-3-1928 ; Lille, 28-11-1928, *Mon. Just. Paix*, 1929, 144).

Il appartient, en effet, à la Cour suprême, de vérifier les termes du litige d'après les conclusions déposées et de restituer à celles-ci leur véritable portée si les juges du fond l'ont dénaturée en statuant en dehors des limites de l'instance dont ils étaient saisis.

(Cass. Civ., 19-6-1929, S., 1929, 1, 309, G. P., 1929, 2, 312 ; Cass. Civ., 18-2-1930, G. P., 1930, 1, 744 ; Cass. Civ., 29-11-1934, D. H., 17, 1, 1935, p. 18).

Et nous citerons encore cet arrêt de la Cour de Cassation récent qui confirme pleinement la jurisprudence antérieure (Cass. Civ., 14-5-1935, D. H., 4-7-1935, p. 362) : « Les juges du fond, tenus de statuer dans les limites strictes des conclusions des parties, ne sont pas autorisés à substituer d'office à la demande dont ils sont saisis, fondée uniquement sur l'article 1382 du Code civil, une demande différente par sa cause et fondée soit sur les dispositions de l'article 1384, soit sur l'article 1147. Par suite, l'action introduite en vertu de l'article 1382 par un consommateur blessé par un bouchon mal assujetti sur une bouteille de limonade gazeuse doit être repoussée si aucune faute ne peut être reprochée au débitant et celui-ci ne peut être condamné par application de l'article 1384 ».

B. — *Les juges peuvent-ils employer d'autres moyens que ceux dont se prévalent les parties ?*

Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence s'accordaient pour astreindre les juges du fond à statuer dans les limites de l'instance ouverte par les justiciables et pour les empêcher de modifier la cause ou l'objet du droit exercé en justice par les parties. Toutefois, les juges du fond sont autorisés à modifier les moyens sur lesquels les parties appuient leurs prétentions ou même à suppléer à l'insuffisance des moyens allégués par les plaideurs. Une condition, cependant, s'impose aux juges : le Tribunal est lié par l'instance ; il ne doit ne modifier en rien la cause ni l'objet de la demande. Sans doute, il ne peut y avoir de confusion entre le moyen et l'objet du droit. Il

n'en va pas de même pour les rapports existant entre la cause et le moyen et la distinction que nous devons établir entre la cause et le moyen du droit litigieux est fort délicate comme nous l'avons expliqué dans notre première partie. Si le juge ne peut en aucune façon apporter un changement à la cause de l'instance, il peut, au contraire, changer le moyen de droit soulevé à sa barre.

Bonfils définit la cause : « Le fait juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit et du bénéfice légal que l'une des parties fait valoir par voie d'action, de défense ou d'exception »⁽²⁴⁾. Au contraire, le moyen est le motif allégué par le plaideur à l'appui de sa prétention afin d'en assurer le triomphe : une nullité soulevée, la prescription, une exception d'incompétence, la compensation sont des moyens, c'est-à-dire des arguments juridiques qui peuvent être de droit ou de fait.

Si un patron, après avoir demandé en première instance que son assureur fût tenu de la garantie des condamnations prononcées contre lui au profit d'un de ses ouvriers en vertu des dispositions de la loi du 9 avril 1898 conclut subsidiairement en appel à ce que cette garantie lui soit accordée par application de l'article 1382 du Code civil, il n'introduit pas une demande nouvelle parce que la cause de la demande reste toujours la même ; il ne fait qu'articuler un moyen nouveau (Cass. Req., 29-7-1902, D. P., 1903, 1, 275) et de même si l'ouvrier, après avoir vainement réclamé en première instance des dommages-intérêts en vertu de la loi du 9 avril 1898, conclut à ce que ces dommages-intérêts lui soient alloués en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, il ne forme

(24) BONFILS : *Traité Élémentaire d'Organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, N° 1030.

point encore là une demande nouvelle, mais allègue simplement un moyen nouveau (Riom, 19-3-1904, D. P., 1910, 1, 121).

Si nous insistons sur la distinction de la cause et du moyen, sur laquelle question, d'ailleurs, nous reviendrons ultérieurement au sujet de l'étude de la « demande nouvelle », c'est dans le but de mieux faire ressortir les risques que courent les juges du fond en modifiant les moyens des parties ou en suppléant à leur insuffisance sans modifier la cause de l'instance dont le Tribunal est saisi. Si le juge, en effet, peut et doit même suppléer les moyens de droit omis par les parties (*Ut quae deseunt advocati partium iudex suppleat*), le juge ne peut pas suppléer les chefs de demande. Les juges jouissent de cette prérogative parce que la demande seule les lie et non les moyens invoqués à l'appui de celle-ci. Ainsi il suffit qu'il ait été conclu à la nullité d'un acte (testament olographe) pour que cette nullité soit prononcée par le juge, même pour une raison que les parties n'auraient pas mentionné dans le cours de leur instance, par exemple, pour suggestion et captation alors que l'assignation n'aurait signalé que le défaut de signature ou d'écriture de la main même du testateur, et, certes, en procédant ainsi le juge ne statue pas *ultra petita* puisqu'il ne prononce pas sur une chose non demandée et qu'il n'accorde pas à une partie au delà de sa réclamation, mais il ne fait que lui adjuger ses conclusions par d'autres motifs que ceux qu'elle a fait valoir. Il a été jugé que les juges peuvent, d'office, maintenir une vente comme donation déguisée, bien que l'acquéreur se soit borné à en réclamer l'efficacité comme vente. La nullité d'une transaction intervenue entre un tuteur et un majeur demandée par ce dernier pour inobservation des formalités prescrites par l'article 467 du Code civil qui

exige l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes, et l'homologation du Tribunal peut être prononcée par le juge si l'acte, objet de cette transaction, est nul ou si celle-ci est entachée d'erreurs de calcul qui ne peuvent être réparés autrement, encore que ces moyens n'aient point été invoqués par le demandeur.

Mais si les juges ont un pouvoir très large sur les moyens soulevés, il ne faut pas cependant confondre les moyens avec les chefs de demande et en déduire que les juges sont maîtres des chefs des conclusions. En effet, les moyens et les arguments servent à appuyer les chefs de la demande ou des conclusions : Le premier devoir du juge consiste, sans doute, à mettre dans sa sentence une clarté et une précision telles que les parties puissent se convaincre que toutes leurs raisons ont été pesées et que la difficulté a été sentie et comprise ; mais exiger que le jugement contienne une réponse détaillée, correspondant à tous les moyens, à toute l'argumentation que les parties ont cru bon de donner à leurs conclusions et à leur défense, ce serait dénaturer les caractères qui doivent distinguer les jugements et les noyer dans des longueurs obscures et fastidieuses. Les juges sont donc tenus de motiver leurs jugements soit en reprenant les moyens des parties, ou ceux qui leur paraissent les plus appropriés, voir même en suppléant par un moyen selon eux pertinent, mais s'ils font appel à tel ou tel moyen pour justifier leurs décisions les juges ne doivent pas modifier les chefs des demandes des plaideurs.

C. — *Les juges peuvent-ils statuer d'office*

1. — *Principe.*

Aux termes des articles 480 et 1028 du Code de Procédure civile, il est fait défense aux juges civils

de statuer d'office. La sanction de cette prescription est ou bien la requête civile s'il a été prononcé sur chose non demandée ou s'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ou bien la demande en nullité contre les sentences arbitrales qui ont statué en dehors du compromis ou sur des choses non demandées.

Le législateur n'a pas voulu que le juge puisse prononcer « des injonctions, des menaces ou tous autres ordres ou défenses, ni prendre ou prescrire toutes autres mesures qui auraient le caractère d'un acte d'autorité analogue à ceux qui sont le propre du pouvoir exécutif et qui rentrent dans les attributions ordinaires des agents administratifs ⁽²⁵⁾ ».

Ainsi, le Tribunal ne peut statuer s'il n'est pas saisi et si les parties ne déposent pas à sa barre leurs conclusions. Le juge statuerait d'office en prononçant des inhibitions ou des défenses pour l'avenir avec sanction pénale déterminée ; le juge ne pourrait pas, par exemple, faire défense à une partie de s'immiscer dans une certaine fonction sous peine d'une certaine somme déterminée pour chaque infraction, sa compétence se bornant à réprimer les infractions déjà accomplies.

Le juge ne statuant que sur des faits acquis et constants et sa mission se bornant à déclarer si un fait accompli est l'exercice d'un droit légitime ou s'il constitue un abus, il ne lui est pas permis de déclarer par anticipation quelle sera l'interprétation qu'un acte passé entre des parties devra recevoir dans le cas éventuel où l'une d'elles élèverait une construction quant à la réception des eaux ménagères et cela quoique les parties aient fait porter les débats sur l'étendue de ce droit à venir : c'est la mission du

(25) JAPIOT, déjà cité, p. 131, N° 161.

jurisconsulte et non celle du juge (Toulouse, 25-11-1848, D. P., 1850, 2, 178).

La mission du juge, sans doute, est de dire le droit, mais il doit exercer cette fonction dans les limites et sur les faits qui lui sont tracés par la saisine. Le juge doit laisser de côté toute mesure générale et réglementaire et il ne saurait s'en servir ⁽²⁶⁾.

2. — *Exceptions.*

L'article 1036 du Code de Procédure civile stipule : « Les Tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront dans les causes dont ils seront saisis prononcer même d'office des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affichage de leur jugement ⁽²⁷⁾. Japiot reconnaît que l'on a invoqué ce texte qui prévoit les injonctions comme argument en faveur de la légitimité des astreintes. Mais, selon lui, il est douteux que l'article 1036 ait une portée aussi étendue, car ce texte viserait tout spécialement la police de l'audience, les mesures d'ordre et de discipline (Nancy, 29-7-1911, S. 1912, 2, 55); sans vouloir entrer dans cette discussion, nous pensons, cependant, que le législateur a voulu ainsi laisser aux juges une certaine latitude dans leurs décisions.

En effet, la jurisprudence admet aujourd'hui d'une manière constante la validité de l'allocation d'une somme par chaque jour de retard, soit à titre de dommages-intérêts, soit à titre de contrainte ou d'astreinte. D'autre part, il est un certain nombre de condamnations accessoires que le juge peut prononcer d'office et en l'absence de conclusions des parties sur

(26) Jur. Gén. DALLOZ, v. : Cassation, N^{os} 1311 et suivants ; v. Loi, N^o 482 et suivants.

(27) JAPIOT, page 132.

ce point. Les juges peuvent, d'office, prononcer également la condamnation aux dépens. Le Tribunal est fondé de même à ordonner les restitutions de fruits et le paiement des intérêts que la loi a fait courir de plein droit. Le Tribunal peut aussi accorder un délai pour l'exécution de son jugement⁽²⁸⁾, mais, surtout, le juge a la faculté d'ordonner des moyens d'instruction sans qu'ils n'aient été requis par les parties ou le Ministère public. Le Tribunal pourra ainsi prescrire une instruction par écrit, nommer des experts mais au nombre de trois (article 303, 304, 305 du Code de Procédure civile), exception faite, quant au nombre, en cas d'estimation pour la fixation de la mise à prix des biens immeubles vendus judiciairement, et ordonner dans le cas où deux demandes connexes sont portées devant le même Tribunal qu'elles seront l'objet de deux jugements séparés.

Mais le juge doit se borner à une simple mesure d'instruction, c'est-à-dire à l'ordination du procès ; il ne peut créer un droit au profit d'une partie et au préjudice de l'autre, car pour procéder ainsi, il devrait y être provoqué par les conclusions des parties qui restent maîtresses de leur instance et qui, elles seules, en ont dévolu la connaissance au Tribunal. Ainsi, un Tribunal ne saurait condamner une partie, d'office, à une garantie non demandée, et de même le magistrat de qui le demandeur sollicite l'exécution provisoire pure et simple du jugement ne peut faire droit à cette demande en prescrivant cette exécution provisoire nonobstant appel et sans caution.

(28) Article 1244 du Code Civil ; article 122 du Code de Procédure civile.

SECTION 2

LES EFFETS DE LA SAISINE A L'EGARD DES PARTIES

Les parties en formulant leur demande et en ouvrant leur instance délimitent, avons-nous dit, le cadre dans lequel devront statuer les juges à qui la connaissance du litige est dévolue par la saisine. Les juges ne sont point les maîtres de l'instance; elle leur est soumise, ils doivent se prononcer mais en respectant le champ des débats que les plaideurs leur impartissent; et, si le procès appartient aux parties, faut-il en conclure que celles-ci vont conserver leur liberté d'action pendant la durée du procès? Les parties pourront-elles modifier leur demande? Non pas, et, comme nous allons le voir dans cette seconde section, la saisine de la juridiction qui résulte de la demande en justice n'a pas seulement pour effet de limiter étroitement les pouvoirs des juges, mais elle détermine aussi les droits des parties (Cass. Req., 5-4-1933, *G. P.*, 1933, 2, 88).

La demande en justice crée un état de droit dans lequel sont impartis le juge et les plaideurs, et la saisine étant l'œuvre des parties, les plaideurs vont se lier eux-mêmes; les parties deviendront ainsi prisonnières de leurs formules en ce sens qu'elles ne pourront modifier leur demande en cours d'instance; si elles entendent soumettre au juge une prétention qui ne figurait pas dans leur exploit introductif d'instance, elles doivent formuler une nouvelle demande. Une comparaison s'impose avec le système formulaire romain dans lequel la formule borne l'activité du juge et des parties, mais avec cette différence que la formule était l'œuvre du ma-

gistrat tandis que dans le droit moderne la demande est l'œuvre exclusive des parties ⁽²⁹⁾.

Une première question se pose, alors : à quel moment de la procédure les parties vont-elles s'enchaîner pour la durée du procès ? La saisine de la juridiction, avons-nous dit, découle de l'acte introductif d'instance puisqu'aux termes de l'article 61 du Code de procédure civile le demandeur doit prendre ses conclusions dans son exploit d'ajournement. C'est donc en formulant la demande que le requérant va se lier lui-même puisqu'il précise l'objet et la cause du droit litigieux.

L'assignation n'est pas ainsi seulement le premier acte du procès mais encore la pierre fondamentale de ce procès et nous ne saurions trop insister sur le caractère primordial de l'acte introductif d'instance. L'assignation est le fondement de la procédure ; elle a un double but : que le défendeur, d'une part, ait été averti de comparaître, et mis à portée de présenter sa défense, car nul ne doit être condamné sans être averti et entendu, que l'adversaire, d'autre part, connaisse expressément la prétention du demandeur ⁽³⁰⁾.

Si l'exposé des moyens dans l'ajournement doit être sommaire, l'objet de la demande doit être, quant à lui, toujours énoncé d'une manière complète et claire. Ce qui nous importe spécialement ici, c'est d'envisager les effets de la saisine de la juridiction à l'égard des parties ; nous diviserons cette étude en trois paragraphes distincts : en premier lieu, nous étudierons les effets de la saisine quant aux éléments objectifs du droit exercé par le deman-

(29) MOREL, déjà cité, page 389, N° 350.

(30) THOMINE-DESMAZURES : Traité de la Procédure civile ou explication méthodique et raisonnée du Code de Procédure.

deur, puis ses effets quant aux éléments subjectifs de ce droit ; en dernier lieu nous traiterons de la demande nouvelle en appel.

§ 1. — LES EFFETS DE LA SAISINE QUANT AUX ÉLÉMENTS
OBJECTIFS DU DROIT LITIGIEUX

Nous entendons par « éléments objectifs de la demande » : l'objet, la cause, les moyens du droit déduit en justice. Nous ne reviendrons pas ici sur la nature intrinsèque de ces éléments qui a fait l'objet d'une étude spéciale dans la première partie de ce travail. Nous voulons plus particulièrement insister sur les droits des parties à l'égard des éléments objectifs de la demande. La demande introductive d'instance fixe l'étendue du procès quant aux parties, d'une part, et quant aux éléments de l'instance, d'autre part.

1. — *L'objet de la demande.*

La demande en justice fixera l'objet du débat qui ne pourra plus être changé à moins d'une nouvelle demande. Cet objet n'est pas seulement fixé par la demande à l'égard du juge, mais il est tracé aussi à l'égard des parties en cause. C'est donc à l'exploit introductif d'instance qu'il faut se reporter pour connaître l'objet du droit litigieux dont entend se prévaloir le requérant parce que c'est la demande qui crée la saisine.

Le défendeur pour préparer sa défense a besoin de connaître, tout d'abord, l'objet de la demande formée contre lui ; l'article 61 du Code de procédure civile stipule que l'ajournement doit contenir, à peine de nullité, l'indication de l'objet de la demande ; il est nécessaire que cet objet soit indiqué

clairement de manière que le défendeur ne puisse commettre aucune méprise, et s'il s'agit de matière réelle ou mixte une indication spéciale est en outre nécessaire pour éviter toute erreur possible sur l'identité de l'objet de la demande. Ainsi, la désignation de l'immeuble litigieux doit nécessairement être indiquée dans l'exploit d'ajournement ou dans les pièces signifiées avec lui : le défendeur ne peut être tenu de la chercher en dehors des actes de la procédure (Cass. Req., 2-3-1863, D. P., 1863, 1, 291).

Et, l'objet du droit litigieux ainsi spécifié dans l'acte introductif d'instance ne pourra au cours de celle-ci subir de la part des plaideurs, quant à sa nature, aucune modification. Les parties vont se lier de la sorte par l'assignation au même titre qu'elles liaient le Tribunal. Un fournisseur qui, dans son exploit introductif d'instance, a demandé le paiement d'une somme d'argent en francs, ne peut pas, par voie de conclusions rectificatives, demander le versement de cette somme en livres sterling, cette rectification modifiant la nature de la demande (Seine, 4-2-1924, *Gaz. Trib.*, 17-9-1924).

Si un plaideur engage un procès pour voir résilier un bail, il ne peut, par voie de conclusions, réclamer la validité du congé par lui signifié à son locataire. En effet, une demande de résiliation de bail et une demande en validité de congé ne sont pas deux moyens à l'appui d'une même instance, mais deux demandes distinctes, et la demande en validité de congé a un objet nouveau et ne présente pas le caractère d'une demande incidente (Douai, 16-3-1925, *Recueil de Douai*, 1925, 133; Civ. Douai, 1-4-1925, *Recueil Douai*, 1925, 267) ; le demandeur qui dans son exploit d'ajournement a réclaté le paiement de constructions érigées sur le terrain d'autrui ne peut, par voie de conclusions, tendre à obte-

nir paiement d'indemnités pour soins donnés à la personne et obtenir restitution d'objets mobiliers car il modifie l'objet de sa demande ⁽³¹⁾.

Et, de même, puisque le demandeur doit viser clairement l'objet de son instance dans l'assignation, il ne saurait, au cours du procès, viser un objet qui n'a pas été signalé dans le premier acte du procès. Cette saisine des parties s'impose aussi bien au défendeur qu'au demandeur et « le défendeur par voie de conclusions reconventionnelles ne peut demander la nullité d'un brevet qui n'est pas aux débats et qui n'a pas été visé dans l'exploit introductif d'instance » (Cass., 30-5-1888, *G. P.*, 1888, 1, 884 ; Cass., 5-6-1896, *G. P.*, 1896, 2, 57 ; Agen, 19-6-1911, *G. P.*, 1911, 2, 364 ; Pau, 26-10-1911, *G. P.*, 1911, 2, 680 ; Seine, 11-6-1914, *G. P.*, 1914, 1, 715 ; Seine, 25-6-1925, *G. P.*, 1925, 2, 349).

Ainsi, une demande en reconnaissance de servitude de passage par un chemin est entièrement différente par sa nature et son objet, d'une demande principale en revendication de la propriété du chemin, et ne peut pas être soumise à un Tribunal par voie subsidiaire, mais doit être formulée par un nouvel exploit d'ajournement.

(31) Toutefois, la Cour de Cassation, dans un cas d'espèce absolument analogue, a jugé récemment en sens contraire. Cas. Réq., 18-12-1933, *Revue de Procédure*, mai 1934, N° 5, p. 150 : « La partie ayant saisi le Tribunal d'une demande en résiliation de bail peut y substituer, par simples conclusions, une demande en validation d'un congé donné pour l'expiration d'une des périodes prévues au bail, cette demande tendant au même but et aux mêmes fins que la demande originaire, et exigeant comme elle l'interprétation des clauses du même bail ».

(Il nous apparaît, cependant, que la Cour Suprême, si elle a jugé différemment de la Cour de Douai, quant à l'interprétation de la distinction d'objet entre la demande en résiliation de bail et l'instance en validité de congé, du moins n'a nullement infirmé le principe qu'une fois l'instance ouverte les parties ne pouvaient apporter aucune modification à l'objet du droit déduit en justice).

Cependant, si l'objet de la demande ne peut être modifié dans ses caractères intrinsèques, il peut être réduit ou complété, mais à la condition expresse que sa nature ne soit altérée ni rectifiée en quoi que ce soit. Si le demandeur doit prendre littéralement des conclusions dans l'exploit introductif d'instance, c'est parce que ces conclusions précisent le point du litige. Mais, le demandeur peut expliquer et modifier, par la suite, les conclusions contenues dans l'exploit introductif d'instance, à la condition toutefois que ces nouvelles conclusions se trouvent implicitement contenues dans les conclusions primitives ou qu'elles en soient l'accessoire. Sont considérées comme telles celles tendant à être admises à une preuve. En effet, des conclusions prises dans l'exploit d'ajournement et qui sont irrégulières peuvent être rectifiées ; par exemple, en matière possessoire le demandeur qui a conclu à être maintenu dans la possession et la propriété du terrain litigieux peut restreindre ses conclusions à la possession seule ; mais les modifications qui peuvent être apportées par le demandeur à ses conclusions primitives ne peuvent pas aller jusqu'à transformer la nature de l'objet ; des conclusions additionnelles ne sauraient être prises pour convertir une action personnelle en une action réelle.

Et de même, la partie qui réclame à son adversaire une somme d'argent chiffrée dans l'exploit introductif d'instance peut restreindre pendant le cours de l'instance le quantum de sa demande. Par contre, le demandeur peut aussi par voie de demande additionnelle accroître le montant de la somme réclamée ; ainsi, un propriétaire qui poursuit son locataire en paiement de loyers, explicitement détaillés dans l'assignation, est autorisé à demander par voie de conclusions additionnelles la condamnation de

son débiteur au paiement de loyers venus à échéance depuis la date de la demande. Seulement, si le défendeur n'a pas constitué avoué, le demandeur doit former sa demande additionnelle par voie d'assignation.

Toutefois, les conclusions additionnelles du demandeur seraient irrecevables si elles modifiaient la nature même de l'objet de la demande, en tendant, par exemple, à la condamnation du défendeur à faire effectuer des réparations d'ordre locatif urgentes dans les lieux loués, alors que le requérant n'a assigné son débiteur qu'en paiement de loyers.

Et, pourquoi donc la nature de l'objet de la demande doit-elle rester inaltérable pendant toute l'instance ?

Le principe est admis tout d'abord dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ; en effet, il ne faut pas que le demandeur puisse compliquer un procès et retarder la solution de l'instance en formulant telle prétention dans son assignation, puis telle autre demande dans ses conclusions ; il pourrait ainsi créer de multiples incidents. D'autre part, si les parties pouvaient à leur gré substituer à l'objet de la demande, un objet différent pendant le cours du procès, elles échapperaient de la sorte au préliminaire de conciliation dans les cas où le législateur a prescrit cette formalité et iraient ainsi à l'encontre des droits de la défense dont l'adversaire peut se prévaloir. •

Les héritiers qui ont formé une demande en révocation du legs universel fait à un décujus ne sauraient y substituer en cours d'instance par voie de simples conclusions une demande en révocation d'une autre disposition faite à titre particulier au profit du légataire universel ; il y a là une demande nouvelle par l'objet, introduite d'une façon irrégu-

lière puisqu'elle n'a pas été soumise au préliminaire de conciliation (Seine, 3-6-1920, *G. P.*, 6-9-1920). De même, l'assignation qui a pour effet de mettre le défendeur en demeure en lui énonçant les revendications du demandeur peut déterminer le défendeur à s'incliner et à acquiescer dès à présent à la prétention du requérant sans attendre que le Tribunal ne l'y condamne en mettant de plus à sa charge les frais du procès. Or, le délai dont bénéficie le défendeur pour préparer sa défense et prendre une détermination ne sera plus respecté si le demandeur peut modifier sa demande en cours d'instance. Aussi, la partie qui a une demande nouvelle quant à son objet à formuler doit ouvrir une seconde instance, c'est-à-dire recommencer sa procédure en lançant contre son adversaire une nouvelle assignation.

2. — *La cause de la demande.*

La cause de la demande en justice est le fondement d'un droit exercé par l'instance. Il semble difficile de donner à la notion de cause une définition générale suffisamment précise pour permettre de distinguer les différentes actions et de reconnaître les demandes nouvelles. Car, les parties ne sont pas seulement liées par leur instance quant à la nature de l'objet qui doit rester immuable, mais elles ne peuvent de même changer la cause de la demande en justice. La cause du droit litigieux est déterminée par la demande et doit rester telle pendant tout le cours du procès. Elle s'impose au juge comme aux parties et si le demandeur veut exercer un droit dont le fondement juridique diffère de la cause du droit exercé dans son exploit introductif d'instance, il doit procéder par voie d'une nouvelle assignation mais ne saurait procéder par voie de conclusions rectificatives qui seraient irrecevables.

Dans le but de mieux mettre en lumière ce principe, nous avons cru préférable d'échantillonner les décisions les plus typiques qui en sont l'application.

S'il est permis à un plaideur de modifier et même d'augmenter en cours d'instance par voie de conclusions sa demande primitive, ce droit, cependant, ne va pas jusqu'à lui permettre de substituer une demande à une autre alors que la cause de ces deux demandes n'est pas identique. Spécialement celui qui a assigné une veuve comme commune en biens en paiement d'une dette personnelle du décujus ne saurait par de simples conclusions prises en cours d'instance demander, en fondant cette fois son action sur l'article 1166 du Code civil, que la veuve défenderesse soit tenue de rapporter les primes d'une assurance sur la vie souscrite à son profit et que ces fonds soient répartis entre tous les créanciers de la succession (Seine, 8-5-1924, *G. P.*, 1924, 2, 295 ; Rouen, 13-11-1924, *G. P.*, 1925, 1, 280 ; Lille, 27-2-1925, *G. P.*, 1925, 1, 766 ; Seine, 25-5-1925, *G. Trib.*, 30, 8, 1925).

« Le demandeur ne peut, en cours d'instance, substituer à l'action qu'il a introduite une action qui en est distincte ni former des demandes additionnelles ou complémentaires lorsqu'elles ne sont pas connexes par leur cause, leur origine, et les moyens sur lesquels elles reposent à la demande principale ». En l'espèce, le demandeur avait ouvert une instance le 9 novembre 1925, devant le Tribunal de Paix, pour voir valider un congé par lui donné à son locataire le 11 septembre 1924 pour les jour et terme de Pâques 1925 et avait conclu à l'audience à la validité d'un congé par lui signifié le 23 juin 1925 pour Pâques 1926. La sentence du juge de paix qui avait validé ce second congé, fut, à juste droit, infirmé par le jugement du Tribunal statuant en appel, qui dé-

clara que la demande formulée par le demandeur dans ses conclusions d'audience était distincte par sa cause, sa nature et son objet de l'action introduite par l'exploit du 9 novembre 1925 (Rouen, 12-7-1926, *G. P.*, 1926, 2, 585).

Et la victime d'un accident causé par un train sur route qui a fondé son action en dommages-intérêts sur la maladresse des employés et sur une infraction aux règlements ne peut par voie de conclusions fonder son action sur la responsabilité édictée par l'article 1384, § 1^{er}, du Code civil, à l'encontre du gardien de la chose mobilière qui cause un dommage à autrui. En effet, ces conclusions contiennent une demande nouvelle par sa cause (Cass. civ., 24-5-1927, *D. P.*, 7^e cahier 1928). Les acquéreurs qui ont assigné le lotisseur en exécution des travaux en invoquant dans l'exploit introductif d'instance les lois des 14 mars 1919 et 19 juillet 1924 ne peuvent se prévaloir, en plaidant, des clauses et conditions de leur contrat de vente pour obtenir la réalisation de ces travaux : bien que tendant aux mêmes fins, cette action, fondée sur une cause juridique différente, constitue une demande nouvelle, non recevable par voie de conclusions, et dont il n'y a même pas lieu de donner acte (Marseille, 17-3-1927, *G. P.*, 1927, 2, 49 ; Aix, 28-11-1927, *G. P.*, 1928, 1, 598 ; Melun, 15-4-1928 ; Montpellier, 9-7-1928, *Moniteur Judiciaire du Midi*, 15-10-1928 ; Arras, 7-2-1929, *G. P.*, 1929, 1, 640).

Et, en effet, celui qui introduit une demande incidente par voie de conclusion doit respecter l'identité de cause et d'origine, sinon cette demande devient elle-même principale et doit faire l'objet d'une action distincte ; tel le cas du patron qui, après avoir invoqué contre le tiers responsable d'un accident survenu à son ouvrier, l'article 7 de la loi du

9 avril 1898, lui réclame par voie de conclusions le remboursement des sommes qu'il a déboursées en vertu des principes du droit commun (Cass., 5-1-1932, D. H., 1932, p. 97). Et de même le propriétaire, qui dans son exploit introductif d'instance conclut à l'expulsion du locataire en se fondant sur le bail, ne peut sans ouvrir une nouvelle instance soutenir que le prétendu bail dissimulait une vente à tempérament et en demander la résolution pour faire prononcer l'expulsion de l'acheteur (Cass., 13-4-1932, S., 1932, 1, 361, D. P., 1932, 1, 89 ; Cass., 28-6-1932, S., 1933, 1, 15).

Nous devons revenir ici sur une question extrêmement importante que nous n'avons qu'entrevue dans la première partie de cette étude : la distinction quant à leurs causes des demandes fondées sur les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil.

La jurisprudence est quasi-unanime pour considérer comme distinctes les demandes fondées sur les articles 1382 et 1384 (Paris, 9-4-1927, *G. P.*, 1927, 2, 248 ; Cass. civ., 24-5-1927, *G. P.*, 1927, 2, 310, S., 1927, 1, 265, D. P., 1928, 1, 128 (note de M. Josserand) ; Cass. Req., 24-11-1927, *G. P.*, 1927, 2, 930, D. P., 1928, 1, 121 (note de M. Besson) ; Cass. Req., 9-6-1928, D. P., 1928, 1, 153 (note de M. Ripert) ; Paris, 10-11-1928, *G. P.*, 1929, 1, 49 ; Paris, 28-12-1928, *G. Trib.*, 25, 6, 1929 ; Douai, 4-3-1929, *Recueil Douai*, 1929, 104 ; Lyon, 25-4-1929, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 26-11-1929 ; Lyon, 3-3-1930, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 31-3-1931 ; Riom, 6-3-1930, *G. P.*, 1930, 1, 837 ; Rennes, 5-6-1930, *Recueil Rennes*, 1930, 417 ; Rennes, 3-7-1930, *Recueil Rennes*, 1930, 550 ; Paris, 12-2-1931, *G. Trib.*, 23, 6, 1931 ; Paris, 26-11-1932, *G. P.*, 1933, 1, 335 ; Nancy, 20-12-1933, *G. P.*, 1934, 1, 389) ⁽³²⁾.

(32) P. ESMEIN : *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1931 ; BROCHEN : *La Notion de cause dans les actions en responsabilité civile*, thèse Lille, 1933, p. 146.

La doctrine critiquera cependant cette jurisprudence pour ses conséquences pratiques regrettables. Sans doute, la Cour suprême qui s'était montrée si catégorique (Cass. Req., 24-11-1927) a-t-elle laissé apercevoir un certain flottement dans quelques rares décisions, flottement qui se manifeste dans la jurisprudence en faveur de la complexité de telle ou telle affaire qui ne permet de poser la question que de façon indirecte ou voilée : un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 avril 1931 (S., 1931, 1, 252) permet à la victime qui exerce son action directe contre l'assureur de mettre en cause en appel l'assuré, ce qui suppose l'exercice contre lui de l'action en responsabilité : il aurait pu paraître, cependant, que l'action directe procédât d'une cause différente de l'action en responsabilité ⁽³³⁾.

La Chambre criminelle (18-5-1933, D. H., 1933, p. 382) tire partie de la complexité des amendes fiscales, à la fois peine et réparation ; ainsi une poursuite intentée contre une société sur le fondement de la responsabilité pénale peut dans le cours de l'instance s'appuyer sur la responsabilité civile, la société étant prise comme responsable civilement de ses agents.

Et, enfin, dans un arrêt récent (25-3-1934, D. H., 1934, p. 266), la Cour de Cassation permet d'invoquer en appel l'article 1382 après s'être appuyé en première instance sur l'article 1384.

Mais, comme en fait la remarque M. le Professeur Hebraud ⁽³⁴⁾, « il serait, sans doute, excessif de voir dans l'arrêt qui précède un abandon complet de la jurisprudence antérieure, rien dans ses motifs ne contredisant la différenciation des causes de respon-

(33) Même sens : Cass. Req., 2-11-1932, D. P. 1933, 1-64.

(34) Revue Critique de Législation et Jurisprudence, novembre-décembre 1934.

sabilité tirées des articles 1382 et 1384, et cet arrêt n'ayant pas la portée d'un arrêt de principe ». Et, comme le note très justement dans son article M. le Professeur Hebraud, « on peut se demander si désormais, en face de conclusions invoquant l'article 1384, si précises soient-elles, la Cour de Cassation ne sera pas amenée à les interpréter toujours comme invoquant en même temps l'article 1382; il faudrait donc rectifier la formule jusqu'ici donnée à cette jurisprudence ; les articles 1382 et 1384 sont des causes distinctes de responsabilité, mais la demande fondée sur l'article 1384 contient implicitement l'action basée sur l'article 1382 » ⁽³⁵⁾.

3. — *Les moyens de la demande.*

Si la saisine empêche les parties de modifier pendant toute la durée de l'instance l'objet de leur demande et la cause du droit qu'elles exercent, du moins les parties sont-elles libres quant au choix des moyens à faire valoir pour assurer le succès de leur instance ; mais, les parties ne peuvent en cours d'instance faire appel à des moyens non invoqués dans l'exploit introductif d'instance qu'autant que le principe et la cause de la demande restent identiquement les mêmes (Bordeaux, 23-7-1891, D. P., 1893, 2, 193). Il importe donc de distinguer la cause sur laquelle la demande repose et les moyens sur lesquels elle est fondée.

C'est parce que les moyens ne sont pas immuables pendant l'instance que l'article 61 du Code de procédure civile stipule que l'exploit d'ajournement qui doit contenir l'objet de la demande peut ne contenir que d'une manière sommaire l'exposé des moyens.

(35) MAZEAUD : Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité civile, tome II, N^{os} 2091 et 2113.

Ainsi, le demandeur en complainte qui, après avoir conclu à son maintien en possession et libre jouissance d'un cours d'eau dont il se prétend propriétaire, soutient subsidiairement qu'il avait le droit en qualité de riverain de ce cours d'eau d'en extraire les limons et les graviers, le cours d'eau dût-il être considéré comme une rivière non navigable ni flottable, propose non pas une demande nouvelle mais simplement un moyen nouveau (Cass. civ., 22-7-1895, D. P., 1896, 1, 119). Le principe dont nous cherchons à démontrer l'application constante par la jurisprudence n'est pas énoncé dans le Code en ce qui concerne les juridictions du premier degré, mais nous estimons que l'article 464 du Code de procédure civile, défendant expressément de former en cause d'appel aucune demande nouvelle et reconnaissant toujours au demandeur le droit de soutenir sa demande originaire par des moyens nouveaux, doit s'appliquer à plus forte raison aux demandes introduites en première instance puisque la loi ne formule même pas à cet égard une disposition restrictive analogue à celle de l'article 464 du Code procédure civile.

Spécialement, lorsque l'assignation tend à la nullité d'un testament olographe pour cause d'insanité d'esprit et aussi parce qu'il est entaché de fraude, collusion, suggestion, et captation, le demandeur peut par conclusions signifiées en cours d'instance demander au Tribunal la nullité du testament comme n'étant pas entièrement écrit de la main même du testateur et comme contenant, en outre, des intercalations et des surcharges faites par une main étrangère (Douai, 2-11-1891, D. P., 1892, 2, 114).

Et, lorsque les ayants droit du donateur ont demandé dans leur assignation délivrée au liquidateur de la congrégation donataire dissoute par application

de la loi du 7 juillet 1904 la restitution des immeubles donnés, en invoquant « notamment » le droit de retour résultant à leur profit des articles 7 de la loi du 24 mai 1825, et 5 de la loi précitée du 7 juillet 1904, ils peuvent par des conclusions ultérieures, demander cette restitution pour cause d'inexécution des charges de la donation : en effet, l'objet du litige est demeuré le même et en déclarant dans l'exploit introductif d'instance invoquer notamment les articles 7 de la loi du 24 mai 1825 et 5 de la loi du 7 juillet 1904, ils ont par cela même indiqué que le moyen tiré de ces lois n'était pas le seul par lequel ils pouvaient prétendre à la restitution des immeubles (Cass. civ., 20-4-1920, *G. P.*, 1920, 1, 620) ⁽³⁶⁾. En effet, comme le note le commentateur de cette décision, « sans aucun doute, l'exercice du droit de retour conféré aux ayants droit du donateur par les articles 7 de la Loi du 24 mai 1825 et 5 de la loi du 7 juillet 1904 est tout différent de l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges fondée sur les articles 953 et 954 du Code civil, bien que les actions dites d'une manière générale « en reprise » exercées en vertu des lois de 1901 et 1904 comprennent sans distinction les actions en résolution, en revendication ou en restitution ; mais, dans l'espèce, l'action qui tendait à la restitution d'immeubles donnés était fondée, « notamment », sur le droit de se prévaloir par voie de simples conclusions du moyen de droit tiré de l'inexécution des charges » ⁽³⁷⁾.

Une controverse apparaît toujours en ce qui concerne la procédure de divorce. Selon une jurispru-

(36) Voir BOITARD et COLMET-DAAGE : *Leçons de Procédure*, 15^e édition, tome II, N° 706; ROUSSEAU et LAISNEY : *Dictionnaire de Procédure*, voir demande nouvelle, N° 60.

(37) Tribunal Civil, Lyon : 16-12-1922. *Recueil des Assurances*, 1923, 295.

dence assez nombreuse des faits nouveaux ne sauraient être allégués par voie de conclusions dans le cours de l'instance, exception faite, toutefois, en cause d'appel, le demandeur en divorce étant autorisé à articuler en appel des faits nouveaux lorsque ceux-ci sont postérieurs au jugement (Rennes, 23-4-1923, *G. P.*, 1923, 2, 139). Si le demandeur en divorce ne peut dans le cours du procès invoquer des faits non encore déduits dans la requête, la requête en divorce présentée par le demandeur au juge est-il donc l'acte introductif d'instance ? La saisine de la juridiction découle-t-elle de la requête et n'est-elle pas l'effet de l'assignation ? ⁽³⁸⁾.

Pour notre part, sans contester que la requête en divorce a une importance toute primordiale, nous ne pensons pas, cependant, qu'elle constitue l'acte introductif d'instance proprement dit ; cette instance naît avec l'assignation ; nous estimons, avec une jurisprudence aussi nombreuse que celle à laquelle nous faisons allusion précédemment, que des faits nouveaux peuvent être invoqués pendant le cours de l'instance en divorce par voie de conclusions parce qu'ils ne sont que des moyens et ne modifient en rien la cause ou l'objet de la demande. Ainsi, le requérant qui fonde sa demande en divorce sur des faits d'injures graves ou de sévices peut, dans ses conclusions, invoquer le fait d'adultère si le défendeur a fait l'objet pendant le cours de l'instance en divorce d'une condamnation pour délit d'adultère ou le fait de condamnation à une peine afflictive et infamante si son conjoint a subi pendant la durée du procès

(38) Sur les faits nouveaux allégués dans le cours de l'instance en divorce postérieurement à la requête, voir :

Cass. Civ., 14-3-1911, *G. P.* 1911, 1-47 ; Lyon, 8-12-1923. *Moniteur Judiciaire* Lyon, 12-5-1924 ; Cour Rabat, 15-4-1924. *Gazette des Tribunaux du Maroc*, 30-10-1924.

civil une condamnation correctionnelle, par exemple, deveue définitive.

§ 2. — QUANT AUX ÉLÉMENTS SUBJECTIFS DU DROIT
EXERCÉ EN JUSTICE

L'instance formée par le demandeur en justice crée un lien de droit qui unit, d'une part, les deux adversaires au procès et, d'autre part, le Tribunal saisi de la demande. Dans la première partie de ce travail, nous avons étudié comment les parties en cause pouvaient appeler dans les dépendances du litige un tiers étranger jusqu'alors aux débats (intervention forcée), comment, de même, un tiers pouvait de son gré s'immiscer dans l'instance (intervention volontaire). Nous ne reviendrons pas, ici, sur cette question ; nous tenons, cependant, à insister sur l'obligation imposée par la saisine aux parties qui procèdent de ne point se prendre dans le cours de l'instance dans une qualité autre que celle en laquelle elles plaidaient originairement. Les parties ne peuvent pas changer leur qualité et un nouvel exploit introductif d'instance serait absolument nécessaire pour ouvrir une instance liant des parties revêtant une qualité distincte de celle qu'elles présentaient dans la précédente instance. Ainsi le tuteur qui a ouvert une instance comme représentant son pupille ne peut, par la suite, former la même demande en son nom propre sans ouvrir une nouvelle instance, et, pour ce faire, lancer contre le défendeur une nouvelle assignation.

Si l'une des parties vient à décéder, l'instance se trouve interrompue. Certes, l'intérêt public interdit de retarder inutilement la marche d'une instance et exige une prompte solution du procès. Mais ce but ne doit pas être atteint au détriment de la justice

même, et nulle partie ne doit être jugée et condamnée si elle n'a pu présenter les moyens justificatifs de ses prétentions. Les héritiers de la partie défunte, sans attendre une mise en demeure, pourront prendre les devants et reprendre l'instance pour assurer la continuité du procès ; mais, remarquons que ce n'est pas la partie survivante qui d'elle-même changera la qualité de son adversaire pour plaider désormais contre les ayants droit du défunt ; ce sont, au contraire, les héritiers qui prennent les devants et vont devenir partie à l'instance. Mais, si ces héritiers s'abstiennent de reprendre l'instance, leur adversaire pourra alors les y contraindre s'il entend persister dans la procédure originaire et a intérêt à terminer promptement l'instance. Il les assignera donc en reprise d'instance, et si la partie assignée en reprise ne comparait pas, jugement par défaut sera rendu contre elle qui tiendra la cause pour reprise et ordonnera qu'il sera procédé suivant les derniers errements sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir (Code de Procédure civile, 349-350). Mais ce jugement par défaut ne portera que sur l'incident et ne statuera que sur la question de reprise ; pour prononcer sur le fond, un autre jugement sera nécessaire.

En un mot, les parties sont liées, quant à leurs personnes mêmes, par l'assignation. Le demandeur, par exemple, ne pourrait se substituer bénévolement un tiers pour poursuivre son instance parce que celle-ci lui est propre et qu'il ne peut en transférer la propriété à un autre ; de son côté, le défendeur ne peut se décharger sur un tiers de la demande en justice dirigée contre lui par le requérant à moins d'appeler régulièrement ce tiers dans les dépendances

de l'instance et de contraindre celui-ci à prendre ses fait et cause ⁽³⁹⁾.

§ 3. — LA DEMANDE NOUVELLE EN APPEL

A. — *Principe : Les demandes nouvelles en appel sont prohibées.*

Dans l'article 464 du Code de Procédure civile, le législateur a stipulé : « Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. Pourront aussi les parties demander les intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires, échus depuis le jugement de première instance et les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement » ⁽⁴⁰⁾.

En principe, donc, toutes demandes non comprises dans l'action introduite en première instance ne peuvent être formulées en cause d'appel, parce que ce serait franchir ainsi le premier degré de juridiction et violer, ce partant, la disposition de la loi du 1^{er} mai 1790.

Pour discerner le critérium de la demande nou-

(39) Voyez sur les effets des décisions rendues au pénal sur les instances civiles: Cass. Civ., 17-4-1921, 11-5-1921, 7-6-1921, 18-10-1921, 6-6-1923, D. P., onzième cahier 1924.

AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil français, 5^e édition, tome 12, § 769, page 406, PLANIOL, 7^e édition, tome 2, N^o 54 bis, p. 21 et 20 ; COLIN et CAPITANT, tome 2, page 238-240, Code Civil annoté DALLOZ, art. 1351, N^o 1172, R. P. DALLOZ, chose jugée, N^o 144 et suivants, 344 et suivants.

(40) MOREL, déjà cité, p. 651 ; JAPIOT, déjà cité, page 651 ; GARSONNET, Précis de Procédure Civile, page 662 R. P. DALLOZ, voyez tome 4 : « Demande nouvelle » ; Jurisprudence générale DALLOZ, voyez tome 15 « Demande nouvelle » ; BIOCHE, déjà cité, tome 3, voyez « Demande nouvelle » ; CARRÉ, tome 4, page 166 ; GARSONNET et CESAR BRU : Traité théorique et Pratique de Procédure, 3^e édition, tome 6, N^{os} 175 et suivants.

velle, il suffit de considérer si la demande portée devant les juges du second degré diffère par sa cause, par son objet, ou par la qualité des parties de la demande dont les juges de première instance avaient été saisis.

La prohibition de la demande nouvelle apparaît naturelle. « L'appel est une attaque dirigée contre un jugement à raison de son injustice. Chargés de remédier à cette injustice les juges d'appel doivent se borner à examiner si le Tribunal de première instance a bien ou mal jugé. Mais, ce dernier Tribunal n'a pu prononcer que sur les demandes dont il avait régulièrement été saisi. Le bien ou mal jugé ne peut exister qu'à l'égard de ces mêmes demandes. Aussi l'identité de la demande en appel et en première instance est-elle donc, en principe, une condition *sine qua non* de la recevabilité des conclusions respectives de l'appelant et de l'intimé » (41).

La jurisprudence s'accorde à déclarer l'irrecevabilité des demandes nouvelles ; dans les cas d'espèce que nous allons passer en revue, nous verrons comment la demande portée en appel peut se singulariser de la demande originaire formulée devant les premiers juges, par son objet, par sa cause, ou même par la qualité des parties.

Ainsi, la femme, qui poursuivant sa séparation de corps, a obtenu une provision *ad litem* en première instance, peut demander en appel une provision nouvelle pour faire face soit au reliquat des frais faits devant le Tribunal et que la première provision n'a pu suffire à acquitter, soit aux frais à exposer devant la Cour ; mais elle ne peut demander que cette nouvelle provision comprenne les honoraires de son avocat de première instance ; cette demande serait irre-

(41) JAPIOT, page 652.

cevable parce qu'étant une demande nouvelle par son objet (Orléans, 16-5-1856, D. P., 1856, 2, 159). Et, de même, la femme qui est actionnée par son mari en réintégration de domicile conjugal ne peut demander pour la première fois en appel à être autorisée à avoir provisoirement une habitation séparée de celle de son mari (Bastia, 21-5-1856, D. P., 1857, 2, 14).

Quant à l'acheteur qui avait introduit une demande aux fins de nullité d'une vente pour dol et fraude, il intente, en réalité, une demande nouvelle, quant à la cause et quant à l'objet, s'il réclame en appel l'exécution de l'engagement pris par le vendeur de racheter le bien vendu dans un délai déterminé (Cass. Req., 8-2-1881, D. P., 1881, 1, 467). L'objet du litige, d'une part, n'est plus le même. Le principe de la demande, d'autre part, a varié, et si le demandeur est autorisé, comme nous l'avons vu plus haut, à modifier ses premières conclusions, c'est à la condition qu'il y ait dans tout le cours de l'instance « *eadem causa petendi* ». L'objet juridique de l'instance devant les premiers juges était, dans le cas qui nous intéresse, l'annulation de la vente ; en appel, cet objet est son maintien suivi d'un rachat. Loin d'être identiques, par conséquent, ces deux demandes sont entièrement contradictoires et il serait injuste qu'une partie pût conclure devant les juges du second degré à la nullité d'un contrat que l'action par elle intentée avait, au contraire, pour but de maintenir et de faire sanctionner (Toulouse, 10-2-1877, D. P., 1877, 2, 175 ; Cass. civ., 4-11-1874, D. P., 1878, 1, 73 ; Lyon, 13-2-1877, D. P., 1878, 2, 187 ; Nancy, 16-4-1877, D. P., 1879, 2, 205 ; Cass. civ., 4-6-1878, D. P., 1879, 1, 36 ; Chambéry, 3-7-1878, D. P., 1879, 2, 219 ; Cass. Req., 20-1-1883, D. P. 1883, 1, 474 ; Paris, 21-6-1883, D. P., 1885, 2, 46 ; Cass. Req., 1-8-1883, D. P., 1884, 1, 406).

Le législateur, en prohibant les demandes nouvelles, a voulu principalement empêcher qu'une partie en augmentant en cause d'appel ou en changeant sa demande primitive puisse priver son adversaire du premier degré de juridiction. Et spécialement lorsque l'appelant s'est plaint en première instance de certains abus qu'aurait commis l'autre partie dans l'exécution d'une convention relative à une extraction de matériaux, il ne peut pas pour la première fois, en appel, se plaindre d'autres abus, sauf à les faire valoir ultérieurement dans une autre instance par voie d'action principale (Pau, 24-4-1893, D. P. 1894, 2, 576).

Et, il n'y a pas lieu, non plus, de statuer en appel sur un chef de conclusions qui figurait dans l'exploit introductif d'instance mais qui a été abandonné dans un nouvel exploit présenté devant les premiers juges et qualifié de modificatif du premier ; ce chef de conclusions produit en appel et qui n'a pas, en réalité, subi le premier degré de juridiction, constitue une demande nouvelle irrecevable aux termes de l'article 464 du Code de Procédure civile (Cass. civ., 7-8-1894, D. P., 1895, 1, 108).

Les parties qui en cause d'appel procèdent sous une qualité différente de celle revêtue par elles en première instance forment une demande nouvelle : l'ouvrier qui, en première instance, a poursuivi une Compagnie d'assurances en invoquant les droits et actions de son patron assuré à cette compagnie forme une demande nouvelle irrecevable devant la Cour si, en appel, il prend la qualité de créancier direct personnel de ladite Compagnie (Alger, 7-7-1896, D. P., 1897, 2 ; Bordeaux, 15-1-1896 ; D. P. 1900, 2, 209 ; Cass. civ., 13-7-1897, D. P., 1901, 1).

Et, de même dans une instance tendant au paiement d'une rente viagère formée par un ouvrier

contre son patron en vertu de la Loi du 9 avril 1898, on doit déclarer non recevables comme contenant une demande nouvelle des conclusions prises pour la première fois en appel pour obtenir la condamnation du patron comme tenu de faire profiter ses ouvriers d'une assurance dont il leur avait annoncé la conclusion (Cass. civ., 2-8-1905, D. P., 1907, 1, 85 ; Cass. civ., 12-3-1906 ; Cass. Req., 6-7-1905, D. P., 1907, 1, 85).

Si la mère de l'enfant a formé contre le prétendu père en vertu de l'article 1340 du Code civil une demande tendant à l'allocation d'une pension alimentaire, elle n'est pas recevable à substituer devant la Cour à cette action une demande fondée sur l'article 1382 du Code civil et tendant à faire condamner le défendeur à des dommages-intérêts en alléguant qu'une séduction au moyen d'une promesse de mariage avait été l'origine des relations qu'elle avait eues avec lui ; une telle demande est, en effet, une demande nouvelle (Paris, 18-6-1920, D. P., 1921, 2, 56. *Gaz. Trib.*, 21-2-1921) ⁽⁴²⁾.

Il a été jugé aussi que le recours en garantie contre une partie qui ne figurait pas au procès en première instance est irrecevable en appel comme constituant une demande nouvelle (Bordeaux, 10-7-1922, *Recueil de Bordeaux*, 1922, 1, 138).

Est irrecevable comme nouvelle en cause d'appel la demande tendant à fixer la part du demandeur dans l'actif d'une société de fait, substituée à une société dont la nullité est prétendue, alors que l'assi-

(42) Sur la distinction quant à leurs causes juridiques des droits basés sur les articles 1733 et 1880, et des demandes fondées sur l'article 1384 du Code Civil, voir : Paris, 20-4-1921, D. P. 1922-2-12, *Gaz. Trib.* 11-9-1921 ; Bordeaux, 21-6-1921, *Recueil Bordeaux*, 1923, 1-245 ; Douai, 3-11-1921, *Recueil Douai*, 1922, 25. Douai, 6-2-1922 ; *Revue Alsace-Lorraine*, 1923, 227 ; Cass. Civ., 3-4-1922, G. P. 1922, 2-29 ; Douai, 1-5-1922, *Recueil Douai* 1923, 129.

gnation introductive d'instance avait pour objet la restitution au demandeur de sa part dans la même société dont la validité n'était pas contestée (Cass. civ., 30-10-1922, 21-11-1922, 5-12-1922, D. P., 11^e cahier, 1922 ; Douai, 11-12-1923, *Recueil Douai*, 1924, 49).

La demande qui tend à faire prononcer l'interdiction d'une femme et la demande qui vise à faire juger que le mari ne sera pas le tuteur de sa femme interdite ont un objet distinct et par conséquent la seconde n'est pas recevable devant la Cour d'Appel si elle n'a pas été soumise aux premiers juges (Cass. civ., 26-2-1924, *G. P.*, 1924, 1, 656).

Et si le jugement condamne une partie à la garantie à raison de ses obligations de vendeur, la Cour ne peut la condamner à la même garantie en qualité de courtier : en effet, ce n'est pas là un moyen nouveau, mais une demande nouvelle ; la seconde demande diffère de la première par la qualité de la partie condamnée et par la cause juridique (Cass. civ., 18-3-1924, *G. P.*, 1924, 1, 728 ; Caen, 25-1-1926, *Recueil Caen*, 1927, 33 ; Lyon, 11-7-1925, *Moniteur Judiciaire Lyon*, 5-1-1926 ; Cass. civ., 24-5-1927, *G. P.*, 1927, 2, 310).

Et, lorsqu'en cause d'appel, des demandeurs en dommages-intérêts augmentent la somme qu'ils avaient réclamée en première instance pour le préjudice tant matériel que moral éprouvé, cet excédent qui n'est justifié par aucun préjudice nouveau subi depuis le jugement constitue une demande nouvelle irrecevable (Douai, 14-6-1927, *Recueil Douai*, 1927, 326 ; Paris, 8-5-1928, *G. P.*, 1928, 2, 284 ; Rennes, 21-2-1929, D. P., 2^e cahier, 1931).

De même, celui qui devant le Tribunal correctionnel n'a été cité qu'en son nom personnel comme co-auteur du délit reproché et non pas comme civilement responsable de son préposé, et qui n'a été assi-

gné qu'en cette qualité devant le Tribunal de commerce n'a pu et ne peut être condamné en vertu de l'article 1384 du Code civil : des conclusions, devant la Cour, tendant à lui faire application des dispositions dudit article, sont irrecevables comme constituant une demande nouvelle (Cour de Lyon, 25-4-1929, *Moniteur Judiciaire Lyon*, 26-11-1929).

De la part de la jeune fille qui avait initialement réclamé à son ancien amant des dommages-intérêts pour séduction dolosive, on ne saurait considérer comme demande nouvelle irrecevable la réclamation ultérieure, également fondée sur l'article 1382 du Code civil, d'indemnité à raison du préjudice matériel et moral que lui a causé le défendeur en l'abandonnant après l'avoir rendue mère ; alors d'ailleurs que cette seconde demande n'aggrave pas sensiblement la situation du défendeur. Mais, une pareille hypothèse constitue une demande nouvelle, irrecevable, si elle se produit en cours d'instance et si elle est fondée sur l'engagement qu'aurait contracté le défendeur de réparer le préjudice ainsi subi ; cette seconde demande s'appuierait sur la novation de l'obligation naturelle par son fondement juridique ; cette seconde demande basée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle diffère très nettement de la demande originaire (Cour de Colmar, 27-6-1930, *Revue Alsace-Lorraine*, 1930, 554 ; Paris, 2-7-1930, *Gaz. Trib.*, 18-11-1930 ; Cass. Req., 21-7-1930, S., 1931, 1, 132 ; Seine, 12-1-1931, *Revue de procédure*, août-septembre 1931, n^{os} 8 et 9, p. 186, *Gaz. Pal.*, 1931, 1, 184).

Des conclusions d'appel incident tendant à faire ordonner par la Cour des mesures propres à prévenir le retour des abus incriminés constituent une demande nouvelle, alors que la demande originaire n'avait pour objet que l'obtention de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par ces abus

(Cour d'Aix, 6-1-1930, D. H., 12-2-1931 ; Cass. Req., 18-2-1930, D. H., 1930, 252 ; Bordeaux, 23-1-1930, D. H., 14-5-1931 ; Cass. civ., 18-3-1930, D. H., 1930, 283 ; Cass. civ., 24-6-1930, D. H., 1930, 491 ; Cour Riom, 28-5-1931, *G. P.*, 1931, 2, 311 ; Cass. civ., 5-1-1932, *G. P.*, 1932, 1, 537).

Nous avons dit plus haut que si les parties pouvaient réclamer en appel des dommages-intérêts pour le préjudice qu'elles auraient subi depuis le jugement attaqué, la Cour devait apprécier ce préjudice ; aussi, les juges d'appel ne peuvent accorder une provision sur les dommages-intérêts réclamés de ce chef par le plaideur alors que loin de déclarer constant le droit à réparation nouvelle, ils confient à des experts la mission de rechercher s'il y a eu aggravation de l'état de la victime (Cass. crim., 10-3-1932, *G. P.*, 1932, 2, 99).

Et, de même, le vendeur d'immeubles qui, en première instance, s'est fondé, pour demander l'expulsion de l'acquéreur occupant les lieux, sur l'inexécution par celui-ci d'un bail avec promesse de vente que le Tribunal a écarté comme dissimulant une vente à tempérament, ne peut, en appel, conclure à la résolution de la vente ; cette demande, bien qu'ayant le même objet que la demande originaire, savoir l'expulsion du défendeur, s'en différencie par sa cause, et, par suite, est irrecevable comme nouvelle (Cass. Req., 28-6-1932, D. P., 2^e cahier, 1933 ; Cass. crim., 18-3-1933, *G. P.*, 1933, 1, 958).

Lorsque le Tribunal avait été saisi par un propriétaire d'une demande en suppression d'un travail public exécuté par une commune sur son terrain et en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de son exécution, la demande subsidiaire en dommages-intérêts pour dépossession formée pour la première fois devant la Cour constitue une demande nouvelle

dont elle ne peut connaître (Nancy, 23-3-1934, *G. P.*, 1934, 1, 1010 ; Cass. civ., 17-6-1933, *G. P.*, 1933, 2, 493 ; Lons-le-Saunier, 9-4-1934, *G. P.*, 1934, 1, 1037 ; Aix, 2-6-1934, *Revue de Procédure*, année 1934, n^{os} 8, 9 et 10, p. 247 ; Cass. Req., 26-6-1934, *D. H.*, 1-11-1934 ; Cass. Req., 29-10-1934, *D. H.*, 22-11-1934).

Y a-t-il une demande nouvelle quand une partie invoque en appel un moyen de nullité différent de celui qui a été soulevé devant les juges de première instance ? Sur cette question la doctrine comme la jurisprudence sont partagées ; nous ne pensons pas, à notre avis, qu'il faille voir là une demande nouvelle mais bien plutôt un moyen nouveau ⁽⁴³⁾.

Cependant, nous voudrions insister quelque peu sur le caractère de la demande nouvelle en matière de partage et de liquidation. La doctrine estime que seul le défendeur originaire peut bénéficier du droit d'introduire devant la Cour une demande nouvelle, en se prévalant d'une compensation ou d'une défense à l'action principale, car il n'y a de défense au sens littéral de ce mot, que dans la procédure de celui qui a été originairement assigné. La jurisprudence se prononça pendant un certain temps dans ce sens (Cass. civ., 7-12-1898, *D. P.*, 1899, 1, 98 ; Cass. civ., 28-2-1899, 14-3-1899, *D. P.*, 1899, 1, 250, 287 ; Cass. civ., 15-7-1903, *D. P.*, 1903, 1, 352). Puis la Cour suprême décida qu'en matière de compte, liquidation et partage, les parties étaient, en réalité, respectivement demanderesses ou défenderesses quant à l'établissement de l'actif et du passif ; les prétentions des parties s'enchaînent et se complètent et le demandeur originaire peut être amené à présenter à l'appui de sa demande des conclusions portant sur des chefs

(43) *D. P.* 1899, 2-225. Voir note CÉSAR-BRU ; *D. P.*, 1909, 2-225. *D. P.*, premier cahier 1935, page 17, voir note.

qu'il n'avait pu prévoir lors de l'introduction de son instance : les demandes formées pour la première fois en appel se rattachent donc aux bases mêmes de la liquidation, et présentant ainsi le caractère d'une défense, elles ne sont pas interdites par l'article 464 du Code de Procédure civile (Cass. civ., 4-11-1896 ; D. P., 1897, 1, 52 ; Cass. civ., 16-2-1903, D. P., 1904, 1, 189 ; Cass. civ., 5-7-1909, D. P., 1909, 1, 512).

Puis, la jurisprudence, tout en confirmant l'opinion de la Cour Suprême, a imposé une condition essentielle : que le nouveau chef de conclusions invoqué présente un lien très étroit avec la liquidation (Cass. civ., 30-10-1922, 21-11-1922, 5-12-1922, D. P., 2^e cahier, 1922 ; Cass. civ., 13-4-1932, D. H., 12 mai 1932).

B. — *L'article 464 C. P. C. n'est point d'ordre public.*

L'incompétence des juridictions d'appel pour connaître d'une demande qui n'a pas été soumise aux juges du premier degré est une incompétence *rationnae materiae*. En effet, si la cause dont ils sont saisis par l'effet dévolutif de l'appel n'est pas par sa nature hors de la juridiction des magistrats d'appel, du moins elle l'est par la position dans laquelle elle se présente.

Certains auteurs ont soutenu que le double degré de juridiction avait été établi surtout dans l'intérêt des plaideurs ; de même que les justiciables peuvent renoncer à l'appel, de même, peuvent-ils renoncer au premier degré de juridiction pour porter la connaissance de leur instance aux juges d'appel. La jurisprudence se prononça, en effet, dans ce sens pendant un certain temps (Cass. Req., 13-7-1875, D. P., 1876, 1, 118 ; Cass. civ., 19-7-1884, S., 1887, 1, 22 ; Cass. civ., 29-4-1885, D. P., 1885, 1, 375).

Toutefois, la majorité de la doctrine, aujourd'hui, appuyée d'ailleurs par une jurisprudence constante,

répondra que les tribunaux d'appel n'ont pas été institués directement pour juger les contestations des parties, mais pour apprécier le bien ou le mal jugé des juridictions du premier degré (44). Si donc on ne présente pas aux Tribunaux d'appel une décision à infirmer ou à confirmer, on les appelle à juger une matière qui sort de leur compétence.

« Il n'y a point de contradiction entre cette solution et le droit pour les parties à consentir valablement une renonciation au second degré de juridiction. Car, dans ce dernier cas, les parties ne changent pas la compétence du Tribunal de première instance dont elles promettent de regarder le jugement comme la règle définitive de leurs droits. Le Tribunal, après cette convention, ne jugera pas autre chose qu'il ne l'eût fait si elle n'avait pas eu lieu ; ce sera toujours sur le même objet et au même point de vue qu'il prononcera. L'effet que la convention attribue à la sentence est quelque chose d'étranger au pouvoir de celui qui la rend et qui ne lui confère aucune nouvelle fonction » (45).

En résumé, l'incompétence de la juridiction du second degré est d'ordre public et peut être opposée en tout état de cause (Cass. civ., 12-3-1889, S., 1891, 1, 51 ; Cass. civ., 8-5-1922, D. P., 1923, 1, 13 ; Cass. civ., 20-7-1927, S. 1928, 1, 101).

Toutefois, la jurisprudence comme la doctrine se prononcent dans un sens contraire en ce qui concerne les demandes nouvelles formées en appel. L'article 464 du Code de Procédure civile, qui interdit de former en appel des demandes nouvelles parce que celles-ci échappent au premier degré de juridiction, n'est pas d'ordre public.

(44) Tissier, voir note SIREY, 1891, 1-513.

(45) CARRÉ-CHAUVEAU, page 179.

L'exception de demande nouvelle ne tient pas à l'ordre public ; en conséquence, une Cour d'appel ne peut la suppléer d'office, et elle doit juger le litige dans les termes où les deux parties ont consenti à le débattre (Cass. civ., 19-11-1861, D. P., 1862, 1, 140 ; Cass. civ., 14-12-1868, D. P., 1869, 1, 186 ; Cass. civ., 25-2-1895, D. P., 1895, 1, 369 ; Voyez note Glasson ; Cass. Req., 8-5-1899, D. P., 1899, 1, 436 ; Cass. civ., 29-5-1902, D. P., 1903, 1, 100 ; Cass. civ., 18-2-1914, D. P., 1914, 1, 80 ; Paris, 21-6-1916, D. P., 1921, 9^e et 10^e cahiers ; Cass. civ., 11-5-1921, D. P., 1924, 1, 213 ; Cass. civ., 16-3-1925, G. P., 1925, 2, 47 ; Cass. crim., 19-3-1926, G. P., 1926, 2, 278 ; Cass. civ., 17-4-1926, S., 1926, 1, 136 ; Cass. civ., 12 mai 1936, G. P., 1926, 2, 190 ; Cass. civ., 1-12-1926, G. P., 1927, 1, 238 ; Cass. civ. 4-2-1929, *Sem. Jur.*, 1929, p. 336 ; Cass. civ., 30-12-1929, D. H., 31, 3, 30).

« Dès lors, l'irrecevabilité d'une demande nouvelle est couverte à l'égard de celui qui n'a pas contesté la recevabilité des conclusions de l'autre partie et qui, sans se prévaloir de cette exception, a conclu et plaidé au fond » (Cass. crim., 13-6-1931, G. P., 1931, 2, 631 ; Cass. civ., 18-7-1934, D. H., 29-11-1934, p. 557).

La jurisprudence paraît donc bien fixée dans le sens que nous soulignons précédemment et elle décide même à présent que le moyen tiré de ce qu'une demande nouvelle aurait été formulée en appel en violation de l'article 464 du Code de Procédure civile est irrecevable devant la Cour de Cassation s'il n'a pas été soumis aux juges d'appel.

C. — *Dans quels cas n'y a-t-il pas demande nouvelle ?*

1^o *Demandes sur lesquelles les premiers juges ont omis de statuer.* — La compétence du juge d'appel s'étend, par suite de l'effet dévolutif de l'appel, à

l'intégralité de la demande formée par les parties devant les premiers juges. La compétence des juges du second degré s'étendra ainsi à toutes les conclusions soutenues en première instance, que le Tribunal y ait ou non répondu, mais à la condition toutefois que les plaideurs n'aient point abandonné l'un ou l'autre chef de leur instance. Mais les demandes sur lesquelles les premiers juges ont omis de statuer et qui sont dévolues devant les juges du second degré ne sauraient emporter le caractère de demande nouvelle aux termes de l'article 464 puisque l'omission dont se sont rendus coupables les premiers juges est une des erreurs pour le redressement desquelles l'appel a justement été institué.

2° *Demandes constituant une défense à l'action principale.* — Le législateur (art. 464 C. P. C.) autorise les demandes nouvelles formées pour la première fois devant la Cour mais qui ne sont, au fond, que des défenses à l'action principale ; c'est l'application au second degré de juridiction du principe que les défenses au fond sont opposables en tout état de cause.

Ainsi, en respectant les prescriptions de l'article 465 du Code de Procédure civile, par un simple acte de conclusions motivées, il est permis de demander pour la première fois, en appel, la nullité de la convention en vertu de laquelle la poursuite est exercée, d'invoquer la compensation, compensation légale et judiciaire, enfin de former des demandes reconventionnelles.

En ce qui concerne la compensation pouvant être opposée pour la première fois en appel, une question se pose : si la créance opposée en compensation est supérieure à celle à laquelle on l'oppose, les juges d'appel sont-ils compétents pour connaître *de plano* de la compensation ? Le législateur n'a point ap-

porté de restriction, et en autorisant, sans distinction, les demandes en compensation, il fait suffisamment sentir que ces demandes sont admissibles dans leur entier soit qu'elles demeurent purement défensives, soit qu'elles prennent un caractère agressif.

Et, en effet, le titre est indivisible : la division que l'on voudrait faire si les juges du second degré ne pouvaient apprécier la demande en compensation qu'à due concurrence de la créance à laquelle on l'oppose aboutirait à un non-sens puisque le défendeur qui oppose la compensation devrait, pour l'excédent, retourner devant les premiers juges qui seraient dans l'alternative suivante : ou subir l'influence du préjugé, ou se prononcer en sens contraire des juges du second degré justement institués pour rectifier leurs erreurs.

Cependant, si le défendeur en première instance oppose en appel des moyens et produit des pièces dont il n'a pas été parlé devant les premiers juges, et forme une demande nouvelle servant de défense à l'action principale, le demandeur a le droit, pour combattre ces nouvelles conclusions à l'égard desquelles il peut être considéré comme défendeur, de former également une demande nouvelle.

La jurisprudence est unanime et constante pour reconnaître la licéité des demandes nouvelles formées en appel lorsqu'elles sont une défense à l'action principale ; la Cour Suprême entend, par là, toute demande qui est de nature à modifier la décision à intervenir et à faire écarter, même partiellement, la prétention du demandeur.

Ainsi, lorsqu'à raison de la jonction de deux instances les parties sont devenues toutes deux à la fois demanderesses et défenderesses, la demande en vérification d'écriture formée pour la première fois en appel n'a pas le caractère d'une demande nouvelle,

mais constitue en réalité une défense à l'action principale (Cass. civ., 27-2-1899, D. P. 1905, 1, 391 ; Nancy, 25-11-1905).

Mais, si les conclusions prises en appel ne constituent pas une défense à l'action principale, si elles renferment un chef de contestation non soumis aux premiers juges, leur irrecevabilité n'est pas douteuse. Par exemple, lorsqu'une commune soutient en appel que des parcelles de terrain à l'occasion desquelles a lieu le litige faisait partie de son domaine public et n'ont pu être ni aliénées, ni grevées d'une servitude, et que, ce partant, serait nulle une convention d'où serait résultée une aliénation partielle d'un des modes de jouissance, ces conclusions peuvent être déclarées irrecevables comme formant une demande nouvelle parce qu'elles tendraient à faire statuer sur une question de propriété, alors que l'action visait exclusivement l'exécution d'une convention dont la nullité n'avait jamais été invoquée, si en première instance la commune a prétendu que les terrains litigieux étaient des dépendances de son domaine public, et par cela même, invoqué implicitement la nullité de la convention (Cass. civ., 6-5-1919, *G. P.*, 1919, 1, 791). Au contraire, une demande en nullité de société est recevable bien que produite pour la première fois en cause d'appel si elle est faite en défense, même seulement partielle, à une action en dommages-intérêts intentée par le gérant d'une société privé de son émolument par une dissolution anticipée qu'il impute à la faute de son adversaire (Cass. civ., 7-7-1919, *G. P.*, 1919, 2, 263).

De même constituera une défense à la demande principale la demande en remboursement de dépenses exposées par l'appelant pour détacher de la chose vendue une matière qui ne l'a pas été, et dont la propriété est revendiquée par le vendeur. Il en est

ainsi pour les frais de réparation de la blende adhérente aux briques réfractaires vendues puisque cette demande a pour but et pour conséquence d'atténuer les effets de la revendication de la blende, objet de la demande principale (Montpellier, 21-12-1922, *G. P.*, 1923, 1, 242). Et c'est en vertu de ce même principe que la rescision pour cause de lésion peut être demandée pour la première fois en appel sur la demande de l'acheteur en réalisation de vente, car ce n'est pas une demande nouvelle mais une défense subsidiaire à l'action principale (Paris, 16-3-1923 ; Paris, 24-7-1923, *G. P.*, 1923, 2, 649. En sens contraire : Paris, 30-3-1922, *G. P.*, 1922, 1, 582. Dans le premier sens voyez : Douai, 1-7-1924, *Recueil de Douai*, 1927, 271 ; Rouen, 13-11-1924, *G. P.*, 1925, 1, 280).

D'ailleurs la Cour de Cassation dans son arrêt de la Chambre civile du 16 février 1925 (*G. P.*, 1925, 1, 696) a jugé : « Ne sont que défense à l'action principale et peuvent donc être soutenues pour la première fois en appel les conclusions par lesquelles un défendeur actionné en exécution des obligations stipulées dans un acte de dissolution de société, après avoir opposé divers moyens, soutient pour la première fois en appel que cet acte doit être rescindé pour cause de lésion » ⁽⁴⁶⁾.

Le Tribunal civil de Rouen fut de son côté affirmatif et nettement catégorique (21-3-1927, *G. P.*, 1927, 1, 746) en décidant : « Le défendeur peut pour la première fois en appel faire valoir toutes les prétentions qui, au fond et en la forme, constituent des dé-

(46) Voyez au sujet des conclusions en défense tirées de la lésion et prises pour la première fois en appel : GLASSON et COLMET-DAAGE : *Traité de Procédure Civile élémentaire* ; 2^e édition, tome 2, N° 1015, page 105 ; Lille, 27-2-1925, *G. P.* 1925, 1, 766 ; Marseille, 17-3-1927, *G. P.* 1927, 2-49.

fenses à la demande principale ; spécialement il peut demander pour la première fois en appel la nullité de l'acte sur laquelle le demandeur fonde ses prétentions et cette défense à la demande principale peut être formée pour la première fois en appel par le défendeur même s'il y a distinction de ces demandes par leur objet, leur cause ou la qualité des parties » (Voyez dans le même sens : Rouen, 20-1-1928, *G. P.*, 1928, 1, 735).

La demande reconventionnelle du défendeur est recevable en appel, avons-nous dit, parce que constituant parfaitement une défense à la demande principale ; en cas de demande en résiliation de marché et en dommages-intérêts, est recevable pour la première fois en appel une demande reconventionnelle tendant au remboursement des arrhes qui avaient été versées par le défendeur lors de la conclusion du marché (Paris, 30-1-1928, *G. P.*, 1928, 1, 500 ; Cass. civ., 20-4-1928, *G. P.*, 1928, 2, 95).

Le défendeur, également, est fondé en cause d'appel à opposer à la demande en paiement de loyers la compensation tirée de l'excédent de ces mêmes loyers versé par son auteur dans une période antérieure (Cass. Req., 27-3-1929, *D. H.*, 1929, 1, 217. Cass. Req., 29-7-1929, *G. P.*, 1929, 2, 759 ; Cass. civ., 6-11-1929, *G. P.*, 1929, 2, 922 ; Cass. Req., 13-1-1930, *D. P.*, 3^e cahier, 1930).

Il a été jugé aussi que le défendeur pouvait opposer en appel à la demande en réalisation d'une promesse de vente contenue dans un bail une demande en résiliation de bail et en déchéance de ladite promesse, alors que, en première instance, il avait demandé la rescision de la promesse de vente pour lésion de plus des sept douzièmes (Paris, 17-6-1930, *G. P.*, 1930, 2, 269).

Et le père prétendu contre lequel la mère exerce une action en reconnaissance judiciaire de la paternité, peut, pour la première fois en appel, déposer des conclusions tendant à établir que la mère était au moment de la conception d'une inconduite notoire (Cass. civ., 29-6-1933, D. H., 1933, p. 474) ; mais, par contre, on ne saurait considérer comme une défense à l'action la demande de compensation opposée par celui qui a reçu un titre en garantie d'un prêt au véritable propriétaire du titre qui l'assigne en restitution, alors que l'emprunteur qui n'était pas originellement partie dans l'instance n'y a été appelé que plus tard, à la requête du demandeur en restitution, et sans que personne ait conclu contre lui devant les premiers juges (Riom, 14-11-1932, D. H., 1932, p. 44).

3° *Les demandes qui, en appel, ne sont qu'une restriction ou qu'une rectification à la demande formée en première instance, sont permises.* — La Doctrine et la Jurisprudence s'accordent pour décider qu'on peut, en appel, rectifier, modifier, changer même les conclusions prises devant les premiers juges. Toutefois, une condition est essentielle : c'est que la situation du défendeur ne se trouve pas aggravée, qu'il n'y ait pas, sous forme de rectification, augmentation de la demande ou nécessité de procéder à une instruction distincte de celle que les premiers juges ont eu à faire, et introduction en cause d'appel d'éléments soumis par la loi à deux degrés de juridiction, et que le premier juge n'a pas eu à examiner (Paris, 24-12-1897, D. P., 1898, 2, 471 ; Cass. civ., 29-11-1899, D. P., 1900, 1, 221 ; Cass. civ., 9-1-1901, D. P., 1901, 1, 450 ; Grenoble, 11-2-1902, D. P., 1903, 2, 58 ; Cass. civ., 16-3-1908, D. P., 1908, 1, 373).

La règle de l'article 464 du Code de Procédure

civile qui interdit de former une demande nouvelle en appel ne s'étend pas au cas où la nouvelle demande a pour objet de restreindre la demande originaire dans laquelle elle était virtuellement comprise ; spécialement, ne peut être considérée comme nouvelle et par suite irrecevable la demande formulée en appel par une commune et tendant à la suppression de travaux effectués par le propriétaire de maisons soumises à la servitude de reculement, alors qu'en première instance cette commune avait conclu à la destruction de tous les travaux confortatifs ou non, si la commune ne visait en appel que la suppression des travaux confortatifs (Cass. req., 15-3-1910, D. P., 1911, 1, 196. Voyez dans le même sens : Cass. Req., 30-1-1911, D. P., 1912, 1, 142 ; Paris, 19-10-1927, D. H., 15-12-1927).

Et, ainsi, le locataire qui, après avoir demandé au bailleur en première instance l'exécution de l'engagement par lui pris de faire les réparations nécessaires, invoque, en appel, la prescription des articles 719 et suivants du Code civil mettant à la charge du bailleur certaines obligations quant à l'entretien de l'immeuble, ne forme pas une demande interdite par l'article 464 du Code de Procédure civile, mais ne fait que restreindre sa demande originaire sans en modifier la cause ou l'objet (Cass. civ., 30-1-1928, G. P., 1928, 1, 617).

De même le fait de demander, en appel, l'exécution avec astreinte d'un contrat dont la résiliation avait été sollicitée en première instance ne constitue pas une demande nouvelle (Paris, 10-3-1930, D. H., 1930, 29, 5). Et celui qui, en première instance, a conclu à la résiliation d'un contrat de vente, ne forme pas une demande nouvelle si, devant les juges d'appel, il con-

clut à la réduction du prix (Douai, 11-6-1931, *Recueil Douai*, 1931, page 221).

4° *Sont permises en appel les demandes virtuellement comprises dans la demande originaire ou qui n'en sont que le développement.* — Une demande, même présentée sous une forme nouvelle, doit être accueillie en appel lorsqu'elle est implicitement comprise dans la demande primitive, ou qu'elle se borne à en fixer l'étendue avec plus de précisions, et on ne saurait repousser en appel, comme nouvelle, la demande qui n'est qu'une suite ou une conséquence de la demande originaire, parce qu'elle y est virtuellement comprise.

Ainsi, la partie qui, revendiquant la propriété d'une dénomination industrielle, et, par exemple, du nom d'un hôtel, a conclu en première instance à ce qu'il fut interdit à l'autre partie de désigner son hôtel sous ce nom, soit par ses enseignes, soit par les journaux, peut demander en appel que la même désignation disparaisse également des objets à usage de l'hôtel ; ces dernières conclusions sont une simple conséquence de la demande originaire et ne présentent pas le caractère d'une demande nouvelle prohibée par l'article 464 (Cass. civ., 22-12-1863, D. P., 1864, 1, 121 ; Cass. Req., 18-12-1865, D. P., 1866, 1, 255 ; Cass. Req., 23-6-1868, D. P., 1869, 1, 36 ; Cass. Req., 6-2-1872, 1, 253 ; Cass. civ., 18-12-1873, D. P., 1874, 1, 152 ; Cass. Req. 16-8-1876, D. P., 1877, 1, 316 ; Cass. Req., 13-12-1881, D. P., 1882, 1, 222).

Dans une action en réparation d'un dommage évalué provisoirement à 25.000 fr., le demandeur qui a conclu en première instance au paiement d'une somme ferme de 10.556 fr. et à une garantie hypothécaire de 14.444 fr., peut, sans encourir l'exception

de demande nouvelle, prendre en appel des conclusions tendant, comme condamnation unique, au paiement d'une somme d'argent d'un chiffre total et définitif de 12.033 fr. (Lyon, 8-5-1884, D. P., 1884, 2, 219 ; Cass. civ., 16-3-1887, D. P., 1887, 1, 372 ; Cass. Req., 23-3-1887, D. P., 1888, 1, 264 ; Cass. Req., 16-1-1888, D. P., 1888, 1, 69 ; Cass. Req., 28-2-1888, D. P., 1889, 1, 23 ; Cass. civ., 12-5-1897, D. P., 1896, 1, 443 ; Cass., 6-7-1897, D. P., 1897, 1, 488 ; Cass. civ., 24-6-1901, D. P., 1901, 1, 543 ; Cass. Req., 29-7-1902, D. P., 1903, 1, 275 ; Cass. civ., 23-6-1903, D. P., 1903, 1, 454 ; Cass. Req., 24-4-1907, D. P., 1907, 1, 302).

En ce qui concerne, spécialement, la demande en partage, on admet qu'elle contient en germe toutes les contestations qui peuvent naître entre les parties au sujet des biens indivis ; aussi la jurisprudence décide qu'une demande en rapport peut être formée directement devant la Cour saisie de la demande en partage. A plus forte raison lorsque la demande en rapport a déjà été formée en première instance, il est permis, en appel, d'en modifier les termes relativement au mode d'après lequel le rapport doit s'opérer (Cass. civ., 19-6-1912 ; Cass. civ., 9-4-1913, D. P., 1913, 1, 444).

Mais si, en première instance, il est loisible au demandeur, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une demande distincte, d'augmenter aussi bien que de diminuer le chiffre ou la portée de ses prétentions, en appel, il est permis de modifier ses conclusions pour restreindre la portée de la demande telle qu'elle a été soumise aux premiers juges, à la condition de ne rien demander qui soit de nature à augmenter la demande en aggravant la situation du défendeur (Tribunal commerce Nantes, 30-8-1919, *Recueil Nantes*, 1920, 1, 19 ; Seine, 31-12-1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 28 ; Cass. civ., 4-7-1921, *G. P.*, 1921, 2, 430 ; Cass. civ., 24-11-

1921, *G. P.*, 1922, 1, 114 ; Cass. civ., 30-10-1922, *G. P.*, 1922, 2, 655 ; Paris, 25-11-1920, *Gaz. Trib.*, 30-9-1921, *D. P.*, 1922, 2, 41 ; Cass. civ., 16-7-1925, *G. P.*, 1925, 2, 529 ; Rouen, 13-11-1924, *G. P.*, 1925, 1, 280).

De même, l'acheteur qui a demandé que le vendeur fut tenu d'exécuter vis-à-vis de lui le marché par la livraison de la chose vendue peut, ensuite, par de simples conclusions, et sans être obligé de recourir à une nouvelle citation, demander la résolution de la vente et la restitution du prix, lorsque ces nouvelles conclusions se rattachent à celles de l'exploit introductif d'instance par l'identité du fait sur lequel elles se fondent, et qu'elles ne sont que la conclusion du développement donné au litige par les débats contradictoires (Rennes, 28-5-1926, *G. P.*, 1926, 2, 291).

L'acheteur qui a assigné le vendeur en exécution du marché peut donc pendant le cours de l'instance modifier par simples conclusions sa demande et réclamer la résolution du contrat avec dommages-intérêts. Mais dans les ventes commerciales les dommages-intérêts alloués à l'acheteur en cas d'inexécution par le vendeur doivent être basées sur la différence des cours, c'est-à-dire, sur la différence entre le prix de vente et le cours de la marchandise à la date où la défaillance du vendeur est devenue certaine ^(46 bis). En effet, demander devant la Cour la résolution du contrat avec dommages-intérêts n'est qu'un mode de réparation du préjudice résultant de la faute commise (Cass. Req., 12-2-1885, *D. P.*, 1855, 1, 80 ; Cass. Req., 24, 11, 1921, *D. P.*, 1922, 1, 21 ; Cass. Civ., 4-7-1921, *G. P.*, 1921, 2, 430 ; Bordeaux, 15-1-1896, *D. P.*, 1900, 2, 209 ; Nancy, 2-4-1895, *D. P.*, 1895, 2, 368 ; Paris, 15-1-1919, *D. P.*, 1921, 2, 55 ; Paris, 25-11-1920, *D. P.*, 1922, 2, 411).

Et l'acheteur peut même en première instance assigner son vendeur en exécution du marché, puis

(46 bis) Voyez décision Rennes 28-5-1926.

modifier ensuite sa demande par voie de simples conclusions et agir en résolution du contrat avec dommages-intérêts (Rouen, 15-7-1935, affaire Depriester/Consorts Durieu et Pimont). Sans doute, il est de règle que l'assignation fixe le champ du débat et que toutes demandes nouvelles formées en cours d'instance doivent faire l'objet d'un nouvel exploit d'ajournement, mais les Tribunaux considèrent, avec raison, qu'en l'espèce les nouvelles conclusions de l'acheteur se rattachent à celles de l'exploit introductif d'instance par l'identité du fait sur lequel elles se fondent. Si la demande ainsi transformée n'a plus le même objet, la cause, du moins, se réfère au même principe qui est la réparation du préjudice causé par l'inexécution du contrat. En vertu de l'article 1184 du Code civil, en effet, l'inexécution de tout contrat synallagmatique peut être sanctionnée soit par la condamnation à l'exécution directe, soit par la résolution avec dommages-intérêts. En matière de vente l'article 1610 confère à l'acheteur la même option. La nouvelle demande est liée à la première par l'identité de cause qui crée connexité. Elle constitue à ce titre une demande incidente. Or, en vertu de l'article 337 du Code de Procédure civile, les demandes incidentes bénéficient de l'avantage de pouvoir être formulées non par une assignation mais par un acte d'avoué à avoué contenant les moyens et les conclusions, mais certaines conditions s'imposent pour l'admission de ce changement d'attitude. Avant de conclure à la résolution avec dommages-intérêts, l'acheteur doit procéder à une nouvelle mise en demeure du vendeur car ce dernier peut procéder à la livraison jusqu'au prononcé du jugement, puisque telle est la réclamation qui lui est formulée dans l'ajournement : il doit donc être averti de la décision prise par l'acheteur de ne plus accepter la délivrance (Douai, 2-2-1892, D. P., 1892, 2, 181; Trib. Commerce Mar-

seille, 22-9-1891, Recueil Delobre, 1891, 1, 304; Trib. Commerce Le Havre, 13-12-1916, Recueil Le Havre, 1916-1917, p. 279). En matière commerciale, par exemple, la mise en demeure peut résulter d'un exploit d'huissier, d'une lettre recommandée ou même d'une simple lettre missive ou d'un télégramme (Cass. Req., 1-8-1898, D. P., 1900, 1, 551; Cass. Req., 28-10-1903, D. P., 1904, 1, 14).

D'autre part, au moment où l'acheteur modifie sa demande, il ne doit pas être intervenu entre les parties un accord définitif sur les fins en exécution et l'acheteur qui aurait définitivement opté pour le premier parti serait mal fondé à revenir sur sa décision (Trib. Commerce Marseille, 20-7-1921, Recueil d'Aix et Marseille, 1921, n° 715; Aix, 2-2-1922, Recueil Aix, 1922, n° 124).

De même, si, après avoir formé en première instance une demande en résiliation de bail pour cause de refus par le bailleur d'autoriser certains travaux nécessaires à la jouissance commerciale du preneur en vue d'une installation prévue par le bail, le locataire, par conclusions prises devant la Cour, demandait que le contrat fût exécuté sans opposition du propriétaire à l'exécution des travaux, et que celui-ci fût condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'injuste ajournement des travaux à intervenir, une telle demande reposant sur la même cause que la demande originaire, savoir : l'inexécution d'une clause spéciale du bail, et tendant au même objet, savoir : la sanction à donner à cette violation du contrat, ne constituerait pas une demande nouvelle (Cass. Req., 13-4-1934, G. P., 1934, 2, 108).

Dans ces conditions, on décide généralement que la partie, qui, en première instance, a demandé l'exécution intégrale d'un marché, peut en demander en appel la résiliation avec dommages-intérêts si cette demande en résiliation n'est qu'un mode nouveau de

réparation du préjudice par elle éprouvé (Cass. Req., 3-4-1922, *G. P.*, 1922, 2, 29 ; Cass. Req., 16-1-1923, *G. P.*, 1923, 2, 63 ; Cass. Civ., 18-11-1924, *D. H.*, 8-1-1925 ; Cass. Req., 24-3-1925, *G. P.*, 1925, 2, 160 ; Lyon, 25-1-1926, *Moniteur Judiciaire Lyon*, 27-5-1926 ; Cass. Req., 16-11-1926, *Moniteur Juges de Paix*, 1927, 52 ; Paris, 19-10-1927, *D. H.*, 15-12-1927 ; Seine, 12-1-1931, *G. P.*, 1931, 1, 184 ; Cass. Civ., 5-12-1922, *G. P.*, 1923, 1, 195 ; Lille, 16-12-1932, *G. P.*, 1933, 1, 332 ; Boulogne-sur-Mer, 2-10-1933, *G. P.*, 1933, 1, 840 ; Cass. Civ., 3-5-1933, *D. H.*, 29-6-1933).

Nous citerons, spécialement, cette décision de la Cour d'Orléans du 22 décembre 1931 (*D. P.*, 11^e cahier, 1931) : « Est recevable en appel la demande en dommages-intérêts formée par un Barreau d'avocats contre des agréés pour usage illicite du titre et du costume d'avocats, et fondée subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, alors qu'en première instance cette demande ne se fondait explicitement que sur le délit pénal d'usurpation de titre et de costume, si ces conclusions nouvelles sont basées sur les mêmes faits qu'en première instance, présentés, ainsi que dans la demande originale, comme une violation des droits que les avocats tiennent de la loi et des règlements en ce qui concerne leur titre et leur costume. Il en est ainsi surtout que dans l'assignation qui a saisi les premiers juges les dommages-intérêts étaient demandés aux agréés pour le grave préjudice matériel et moral causé par leurs agissements ».

Enfin, la Cour de Paris, dans une décision du 16 juin 1934 (*Revue de Procédure*, 1934, n^o 11, p. 272) a jugé : « Ne constituent pas une demande nouvelle irrecevable en appel les conclusions qui ne sont que le développement de la demande originale, et

qui fixent avec plus de précisions une articulation virtuellement contenue dans les conclusions de première instance auxquelles elles se rattachent par un lien nouveau. Tel est le cas où l'adjudicataire d'un fonds de commerce a demandé en première instance la condamnation en dommages-intérêts d'un gérant d'un fonds de commerce qui, en s'y maintenant sans droit, a retardé son entrée en jouissance et où, en appel, la même partie conclut au paiement d'une indemnité d'occupation et au remboursement de sommes qu'elle aurait payées et dont le versement incombait au gérant ».

5° Sont permises en appel les demandes qui ne sont que l'accessoire de la demande originaire. — Les parties sont fondées à demander en appel, sans y avoir conclu avant les premiers juges, « les intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance et les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement ».

Ces exceptions que le législateur a prévues (art. 464 du C. P. C.) s'expliquent du fait que la cause de ces demandes est postérieure au jugement dont est appel ; d'autre part, le législateur a considéré les raisons d'économie et de célérité qu'il y avait à pouvoir réclamer les accessoires de la demande originaire. Il n'a pas voulu contraindre les plaideurs à retourner devant les premiers juges pour ouvrir une nouvelle instance.

Ainsi, les parties peuvent réclamer, en appel, les loyers venus à échéance depuis le jugement (Pau, 15-12-1897, D. P., 1899-1-598). Il en est de même pour les intérêts échus postérieurement au jugement (Cass. Req., 17-2-1879, D. P., 1880, 1, 346). Mais il est bien certain que ces intérêts ne peuvent être ceux

que du capital qui a fait l'objet de la première demande. La réclamation des intérêts d'un capital différent de celui réclamé lors de l'instance devant les juges du premier degré serait irrecevable pour la première fois en appel (Limoges, 6-12-1893, D. P., 1895, 2, 157). Et l'article 464 du Code de Procédure civile qui ne vise que les loyers et les intérêts s'applique, également, aux fruits de la chose réclamée et qui ont été récoltés depuis le jugement⁽⁴⁷⁾.

Mais, toutefois, si le demandeur n'a pas réclamé devant les premiers juges les arrérages échus depuis l'introduction de son instance, il serait mal fondé à réparer cette omission sur l'appel parce qu'il augmenterait ainsi sa demande et formerait une demande nouvelle.

Les parties peuvent réclamer pour la première fois, en appel, des dommages-intérêts en réparation du préjudice par elles souffert depuis le jugement. Pour la même raison le chiffre des dommages-intérêts alloué en première instance peut être augmenté par le demandeur en raison du préjudice que l'appel lui fait éprouver, et, par exemple, dans le cas où les premiers juges ont prononcé une condamnation sous contrainte de 3.000 fr. contre un individu en retard pour livrer certaines marchandises, les juges d'appel peuvent porter cette somme à 20.000 fr. sur les conclusions du demandeur justifiant du préjudice que l'appel lui a fait subir.

Cependant, on ne pourrait pas réclamer pour la première fois en appel des dommages-intérêts pour un préjudice antérieur au jugement (Paris, 12-5-1899, D. P., 1901, 1, 329), à moins que la partie qui n'a pas réclamé de dommages-intérêts dans son exploit introductif d'instance ait déclaré se réserver la

(47) GARSONNET, § 2, 128, p. 83. CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 1677.

faculté d'augmenter ses conclusions ou si la demande des dommages-intérêts était implicitement comprise dans les conclusions de première instance. De même, l'article 464 n'est applicable qu'aux dommages-intérêts découlant des faits sur lesquels la demande originaire est fondée mais non sur des faits nouveaux quoique identiques par leur nature (Cass. Civ., 8-3-1852, D. P., 1853, 1, 252). En effet, les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement peuvent être l'objet d'une demande nouvelle si leur cause est différente, si les faits sont nouveaux et s'il y a nécessité de l'instruction préalable. Dans ce cas, cette demande doit être rejetée, et le chiffre des dommages-intérêts alloués par le jugement peut être augmenté par le demandeur en raison du préjudice que l'appel lui fait éprouver par la privation des sommes qui lui sont dues et la suspension de l'exécution du jugement.

Dans tous les cas, la décision de la Cour d'appel qui alloue des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement ou qui en augmente le chiffre échappe à la censure de la Cour de Cassation dès lors qu'elle constate l'inexistence du préjudice et de la faute qui l'a occasionnée. Sa décision, reposant, en effet, sur l'appréciation des faits, est souveraine (Cass. Req., 10-7-1907, D. P., 1907, 1, 424).

Les parties peuvent aussi demander pour la première fois en appel l'exécution provisoire qu'elles n'ont pas sollicitée en première instance, ou un sursis à cette exécution en matière civile, ou une pension alimentaire, ou une provision *ad litem*, mais à condition que l'objet de ces demandes consiste bien dans un accessoire et que leur cause existât avant le jugement de première instance.

6° *Distinction entre la demande nouvelle et le moyen nouveau, permis en appel.* — Le législateur a

voulu interdire, en cause d'appel, les demandes nouvelles qui tendaient à obtenir des condamnations non sollicitées devant les premiers juges.

La demande nouvelle diffèrera, en effet, de la demande originaire par sa cause. Si la cause est « le fait juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit ou du bénéfice légal que l'une des parties fait valoir par voies d'action, de défense, ou d'exception », au contraire, le moyen est l'élément qui concourt à constituer ce fait ou qui sert à en justifier l'existence. Les moyens nouveaux à l'appui des demandes ou des exceptions originaires ne sauraient être regardés comme une violation de l'article 464 du Code de Procédure civile. En effet, si l'on interdisait les moyens nouveaux, on rendrait illusoire la voie de réformation que le législateur a entendu réserver au plaideur mal jugé par les juges du premier degré. L'appel est utile pour remédier d'ordinaire ou bien aux omissions des juges ou bien aux omissions des parties.

Pour assurer devant les magistrats d'appel le triomphe du droit litigieux, les parties pourront proposer des moyens de droit et de fait : « Moyens que le juge de première instance auraient pu suppléer dans le silence des parties, moyens qu'il lui était défendu de prendre d'office en considération, moyens consistant dans l'invocation d'un nouveau texte de loi ou dans la production de nouvelles pièces, moyens tendant à établir des faits nouveaux ou à se procurer de nouvelles voies d'instructions : enquêtes, expertises, vérification d'écriture... » (48).

En conséquence, si le dispositif de la demande doit rester inchangé, du moins peut-on en modifier la formule et les motifs, et cette faculté de faire valoir

(48) CARRÉ : Procédure Civile, tome 4, quest. 1677.

en cause d'appel des moyens nouveaux profitent tant à l'appelant qu'à l'intimé qui peut, lui aussi, produire des pièces nouvelles, et articuler des faits dont il n'avait pas pu faire la preuve devant les premiers juges : l'intimé peut aussi opposer de nouvelles fins de non-recevoir, invoquer contre la demande tous moyens de nullité qui touchent au fond du droit, contester enfin la qualité du demandeur.

Ce principe est confirmé par une jurisprudence formelle (Cass. Civ., 24-12-1827, R., 150, 5°; Montpellier, 4-8-1832, R. 155, 4°; Amiens, 11-6-1853, D. P., 1854, 5, 238; Cass. Req., 16-5-1855, D. P., 1855, 1, 245; Cass. Civ., 29-7-1857, D. P., 1857, 1, 404; Cass. Civ., 21-7-1863, D. P., 1863, 1, 339; Bordeaux, 26-4-1864, D. P., 1864, 2, 220; Pau, 10-3-1866, D. P., 1868, 5, 132; Poitiers, 30-1-1867, D. P., 1867, 2, 142; Orléans, 26-9-1869, D. P., 1869, 2, 195; Cass. Civ., 2-6-1875, D. P., 1875, 1, 418; Cass. Civ., 10-1-1883, D. P., 1883, 1, 460; Cass. Req., 24-1-1883, D. P., 1884, 1, 17; Cass. Req., 23-11-1883, D. P., 1885, 1, 29; Cass. Civ., 6-1-1885, D. P., 1885, 1, 55; Cass. Req., 3-1-1887, D. P., 1887, 1, 474; Cass. Civ., 16-2-1887, D. P., 1888, 1, 28; Bordeaux, 17-7-1889, D. P., 1890, 2, 142).

Ainsi des conclusions prises pour la première fois en appel ne constituent une demande nouvelle et ne sont, dès lors, irrecevables, aux termes de l'article 464 du Code de Procédure civile qu'autant qu'elles donnent lieu à une décision particulière et distincte de celle provoquée par la demande primitive. Dans une instance en résolution de vente pour défaut de paiement du prix, le défendeur qui s'est borné en première instance à opposer la nullité de l'assignation comme donnée à un domicile autre que le sien peut, en appel, conclure au rejet de l'action en se fondant sur ce que son prix n'était pas encore payable par le motif, notamment, que l'ouverture préalable d'un

ordre était nécessaire. Il s'agit là d'un simple moyen nouveau et non d'une demande nouvelle (Cass. Civ., 29-7-1857, D. P., 1857, 1, 404).

Et le demandeur ne peut, au cours d'une instance, modifier ses conclusions et faire valoir des moyens nouveaux qu'autant que le principe et la cause de la demande restent identiquement les mêmes. Il faut, en effet, que la cause de la demande ne change pas et que le dispositif des conclusions tende au même objet. La demande nouvelle change le principe et le but de la demande qui a été soumise aux premiers juges, tandis que le moyen nouveau ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande pas plus que la qualité des parties (Bordeaux, 23-7-1891, D. P., 1893, 2, 193; Cass. Req., 27-4-1895, D. P., 1895, 1, 400; Cass. Civ., 22-7-1895, D. P., 1896, 1, 119; Paris, 18-7-1897, D. P., 1898, 2, 119; Paris, 24-12-1897, D. P., 1898, 2, 471).

Il a été jugé aussi que la demande nouvelle non recevable en appel est celle qui ne se rattache par aucun lien à celle faisant l'objet de l'assignation introductive d'instance. Par exemple, on ne saurait voir une pareille demande dans des conclusions qui, bien que présentant un moyen nouveau et paraissant poursuivre un résultat différent, se relie à la prétention originaire comme dérivant d'une même série de faits ou d'une même convention. Il en est ainsi des conclusions prises par l'acquéreur pour la première fois devant la Cour et tendant à obtenir à titre de dommages-intérêts à raison de la non-radiation des hypothèques une somme demandée en première instance comme restitution du prix de vente (Cass. Civ., 18-7-1899, D. P., 1900, 1, 17; Cass. Rreq., 28-10-1901, D. P., 1907, 1, 293; Cass. Req., 29-7-1902, D. P., 1903, 1, 275; Cass. Civ., 30-11-1903, D. P., 1904, 1, 784; Riom, 19-3-1904, D. P., 1910, 2, 121; Cass. Civ., 23-6-1908, D. P., 1908, 1, 523).

La Cour d'appel investie par l'effet dévolutif de l'appel de l'examen de tout ce qui a été apprécié et jugé par le Tribunal a le devoir de se placer en face de l'état actuel des faits alors même qu'ils sont survenus soit au cours de l'instance, soit depuis le jugement si ces faits ne modifiaient en rien la demande primitive, n'introduisaient pas dans l'instance un chef qui n'avait pas été soumis au Tribunal et ne pouvaient être considérés que comme un moyen nouveau (Cass. Req., 4-8-1916, D. P., 10^e cahier, 1916).

De même, un arrêt ne peut déclarer irrecevable une articulation produite pour la première fois en appel par l'unique motif que le fait articulé déjà connu du demandeur quand celui-ci a formé sa demande aurait dû être régulièrement soumis au juge de première instance, et cela, sans constater que le demandeur, en gardant le silence sur ce fait devant les premiers juges, avait renoncé à s'en prévaloir ultérieurement (Cass. Civ., 24-12-1913, D. P., 8^e et 9^e cahiers, 1917). Ainsi, lorsque les demandes portées successivement en première instance et en appel tendent l'une et l'autre à l'exécution de travaux devant éviter les éboulements dans l'immeuble du demandeur et sont fondées sur l'existence dans l'immeuble du défendeur d'excavations engendrant des glissements de terre, en sorte qu'elles ont le même objet et dérivent de la même cause, il n'y a pas demande nouvelle mais moyens nouveaux si, après s'être prévalu devant les premiers juges du fait personnel du défendeur, le demandeur appelant a réclamé en appel l'application des règles concernant la servitude relative à l'écoulement naturel des eaux (Cass. Civ., 19-10-1921, D. P., 1921, 2, 569).

Et, lorsqu'une femme de nationalité roumaine a reconnu des enfants naturels nés de ses relations avec un homme de même nationalité, qu'ayant for-

mé contre celui-ci une demande en recherche de paternité, elle a été déclarée non recevable par un jugement fondé sur ce que la loi roumaine à laquelle la reconnaissance avait soumis ces enfants n'admettait pas la recherche de la paternité naturelle, que, postérieurement, elle a souscrit au nom desdits enfants mineurs la déclaration prévue par l'article 9 du Code civil en renonçant pour eux aux droits de réclamer la qualité de Français, la Cour d'appel saisie du litige doit rejeter la fin de non-recevoir accueillie par les premiers juges. En effet, l'objet de la demande, les parties en cause et leur conclusions demeurent les mêmes. Le changement de nationalité survenu depuis ce jugement doit être considéré non comme une demande nouvelle mais comme un moyen nouveau, lequel peut, d'autant plus, être invoqué en appel qu'il est d'ordre public et peut être proposé en tout état de cause (Cour de Paris, 16-5-1923, *Gaz. Trib.*, 18-8-1923 ; Cass. Civ., 6-5-1923, S., 1923, 1, 262 ; Cass. Civ., 16-2-1925, *Gaz. Pal.*, 1925, 1, 696).

La faculté d'abandon conférée à l'armateur par l'article 216, § 2, du Code de Commerce dans le cas où sa responsabilité n'est engagée que par le fait ou les fautes du capitaine, son préposé, est un mode de libération ne constituant pas une demande nouvelle. Il lui est loisible de se prévaloir de ce moyen quand il lui plaît et même pour la première fois en appel, après avoir conclu au fond, et dans ce cas il appartient au juge d'appel d'y statuer (Cour d'appel Rouen, 28-4 et 12-5-1926, *G. P.*, 1926, 2, 244).

Et sera recevable en cause d'appel, bien que nouveau, le moyen fondé sur l'exercice du droit de rétention. On ne peut, en effet, se prévaloir du droit de rétention que par voie d'exception et cette exception tend à atténuer les effets de la demande principale

(Nancy, 16-2-1927, D. P., 1927, 1, 639 ; Cass. Req., 2-5-1927, D. H., 26-5-1927) ⁽⁴⁹⁾).

Il a été jugé, dans le même sens, que la substitution en cause d'appel du paragraphe 3 de l'article 1251 au paragraphe 1^{er} du même article comme fondement juridique de la subrogation légale constitue non pas une demande nouvelle, mais un moyen nouveau (Colmar, 14-10-1933, G. P., 1933, 2, 1024).

Le demandeur en complainte, qui, ayant invoqué à l'appui du trouble dont il se plaint la possession commune d'une parcelle de terre servant de passage commun, produit en appel une articulation tendant à établir qu'il a participé au titre de co-proprétaire du chemin à l'entretien du passage litigieux, formule également un moyen nouveau virtuellement compris dans la demande relative au trouble possessoire (Cass. Civ., 18-4-1934, G. P., 1934, 1, 1030).

Le demandeur peut, aussi, proposer en appel une preuve non offerte par lui en première instance. Il peut, aussi, pour la première fois, produire devant la Cour des pièces nouvelles ou des titres nouveaux pour justifier sa demande si celle-ci ne change point et le défendeur bénéficiera également de cette faculté.

Cependant, une exception au principe de la recevabilité des moyens nouveaux en appel a été apportée par le législateur. L'article 732 du Code de Procédure civile, relatif aux incidents de la saisie immobilière, prévoit que : « La partie saisie ne pourra sur l'appel du jugement sur incident proposer des moyens autres que ceux présentés en première ins-

(49) Voyez aussi dans le même sens (Cass. Civ., 28-10-1929, D. P. 1930, cinquième cahier. Cass. Civ., 21-4-1931, G. P. 1931, 2-98, Seine, 25-7-1932, D. H., 17-11-1932, N° 34, P. 534 ; Cass. Civ., 2-11-1932, G. P. 1933, 1-64, Cass. Crim., 18-5-1933, D. H., 6-7-1933 ; Cass. Civ., 29-6-1933, G. P. 1933, 2-563.

tance ». Cette défense s'applique même aux moyens du fond et, de la sorte, tous les moyens de nullité résultant du titre en vertu duquel la saisie immobilière est pratiquée ou des actes de la procédure doivent être proposés en première instance avant la lecture du cahier des charges.

§ 4. — LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE DÉCRET-LOI
DU 30 OCTOBRE 1935 SUR LA PROCÉDURE CIVILE

Le décret-loi du 30 octobre 1935 a modifié l'article 464 du Code de Procédure :

« Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. Les parties peuvent, aussi, demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance et des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement. Ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents ».

Le décret-loi a donc apporté une importante modification au principe que nous venons d'étudier : jusqu'alors, en effet, il était interdit d'introduire devant les juges d'appel une demande dont la cause fut distincte de celle servant de fondement à l'instance dont le Tribunal avait été saisi. Mais, comme le soulignait M. le Professeur Hébraud⁽⁵⁰⁾ : « Lorsque l'instance est encore ouverte dans la phase de l'appel il n'y a qu'avantage à permettre aux parties de dé-

(50) Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, novembre-décembre 1934.

duire en une seule fois tous les droits, ce qui évitera de nouvelles procédures. S'il faut empêcher que le litige dévie et change complètement d'objet il n'y aurait guère d'inconvénient à permettre d'élever en appel une prétention nouvelle pourvu qu'elle présente avec la demande primitive un rapport assez étroit. Pour concilier des intérêts pratiques avec le souci d'une exacte analyse juridique, on ne pourrait guère songer qu'à une modification de la notion actuelle de demande nouvelle, qui ne résulte d'ailleurs pas de l'article 464. Permettre en appel toute demande même ayant une cause différente pourvu qu'elle présente avec la première un lien suffisant de connexité ».

Le vœu ainsi formulé par M. le Professeur Hébraud se trouve satisfait puisque le décret-loi du 30 octobre 1935 a modifié l'article 464 dans le sens qu'il souhaitait.

Ainsi on avait discuté fréquemment de savoir s'il n'y avait point « demande nouvelle », lorsqu'une partie invoquait en appel un moyen de nullité différent de celui soulevé en première instance. Semblable difficulté se rencontrait devant les juges du premier degré sous une forme différente : l'exception de chose jugée peut-elle être opposée lorsqu'une partie voyant sa demande en nullité rejetée intentait une autre action en nullité appuyée sur d'autres causes de nullité. Chaque irrégularité dont un acte est entaché constituait-elle une cause de demande distincte ⁽⁵¹⁾ ? Or, avec le nouvel article 464 du Code de

(51) Divers systèmes avaient divisé la doctrine et la jurisprudence sur cette question :

LACOSTE : Chose Jugée, N° 292 ; GRIOLET : Chose Jugée, p. 109 ; LAURENT : Principes du Droit Civil français, tome 20, N° 72 ; DEMOLOMBE : Cours de Droit Civil, tome 30, N° 334 ; GARSONNET : Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile, tome 3, p. 252 et 255, § 468.

Cass. Civ., 13-12-1897, D. P., 1901, 1-110 ; Cass. Civ., 30-11-1903, D. P., 1904, 1-184 ; Cass. Civ., 23-6-1908, D. P. 1908, 1-523.

Procédure civile, que l'on admette une cause unique de nullité ou que l'on classe ces causes par catégories, le plaideur n'aura pas à redouter l'exception de « demande nouvelle » puisque la demande qui sera dévolue à la connaissance des juges d'appel sera étroitement liée à l'instance dont avait été saisi le premier juge, bien que leur cause soit distincte.

Il en est de même, également, pour l'exception de demande nouvelle qui pouvait être jusqu'alors opposée au plaideur, qui, ayant fondé son action en première instance sur l'article 1382, en appelait devant la Cour à l'article 1384. En effet, si les causes de la responsabilité basées sur l'article 1382 et de celles reposant sur l'article 1384 ne sont pas identiques, cependant il faut reconnaître que la demande fondée sur l'article 1384 contient virtuellement celles reposant sur l'article 1382 et dès lors la partie qui a basé son droit sur 1384 peut devant la Cour invoquer dans ses conclusions l'article 1382.

Une difficulté, cependant, naîtra de cette modification apportée par le décret-loi et la jurisprudence devra se prononcer sur ce point : dans quelle mesure la demande soumise aux juges d'appel procédera-t-elle directement de la demande originaire et comment tendra-t-elle aux mêmes fins bien que reposant sur des causes distinctes ou des motifs différents ? Il faut que l'objet soit le même, dira-t-on, mais si le droit exercé en appel relève d'une cause distincte de celle servant de base au droit déduit en première instance, ce droit ne sera-t-il pas modifié dans sa nature même et l'objet auquel il tend restera-t-il encore identique ? Il y a là une question d'interprétation. Les Cours et les Tribunaux entendront-ils donner au nouveau sens de l'article 464 une interprétation extrêmement large et laisser aux plaideurs une liberté dans la marche de l'instance dont ils ne jouis-

saient pas antérieurement quant aux éléments mêmes de leur demande ? La jurisprudence, au contraire, voudra-t-elle rester soucieuse d'empêcher les parties de dévoluer à la connaissance des juges du second degré une instance distincte de celle dont avaient été saisis les premiers juges ?

Nous pensons que le décret-loi du 30 octobre 1935 aura à ce sujet pour effet d'accroître la liberté d'action des plaideurs sur la marche de leur instance, mais si cette liberté se manifeste par la réforme apportée à l'article 464 du Code de Procédure civile, elle est, du moins, contrecarrée, comme nous l'avons vu précédemment, par d'autres dispositions dudit décret-loi ⁽⁵²⁾.

(52) Dans le Droit Allemand, la demande ne peut être modifiée même du consentement de la partie adverse ; cependant les parties peuvent proposer à l'appui de la demande ou de la défense des moyens qu'elles n'ont pas fait valoir en première instance, spécialement des moyens de preuve nouveaux. Dans la procédure civile italienne, l'interdiction de former en cause d'appel des demandes nouvelles est d'ordre public et la Cour doit repousser d'office la demande nouvelle.

TROISIÈME PARTIE

Les effets secondaires de la demande en justice

Cette étude sur « la demande en justice » serait incomplète si nous ne traitions de certains effets qu'emporte la demande et dont il n'a pas encore été question dans le corps de ce travail parce qu'ils nous semblent d'une importance secondaire.

Nous avons tenu, en effet, à insister tout spécialement sur la saisine de la juridiction, effet primordial, selon nous, de la demande. Toutefois, la demande ne saisit point seulement le Tribunal. La demande opère aussi une mise en demeure et fait courir les intérêts. Elle interrompt la prescription et rend transmissibles certaines actions personnelles.

SECTION I

LA DEMANDE EN JUSTICE OPERE LA MISE EN DEMEURE ET FAIT COURIR LES INTERETS

Parce qu'elle opère la mise en demeure du défendeur la demande en justice met les risques à la charge du débiteur d'un corps certain. Elle l'oblige à

payer des dommages-intérêts. Une simple interpellation n'emporte pas ces effets tandis que l'assignation constitue la mise en demeure, même si elle est délivrée devant un Tribunal incompétent. Cependant, si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste, s'il laisse périmer l'instance ou si la demande est rejetée sans aucune réserve, alors il n'y a plus rien qui constitue la mise en demeure⁽¹⁾. De même, si une demande en justice est rejetée comme non-recevable, elle ne peut valoir comme mise en demeure.

La demande en justice sera-t-elle toujours nécessaire pour constituer la mise en demeure et faire courir les intérêts ?

Nous distinguerons, ici, deux phases bien distinctes dans le principe de la mise en demeure :

1° Jusqu'à la loi du 7 avril 1900, la demande en justice, seule, pouvait assurer la mise en demeure et le cours des intérêts.

Aux termes de l'ancien article 1153 du Code civil, la mise en demeure ne pouvait résulter lorsque l'objet de la dette était une somme d'argent que d'une demande en justice et, par suite, les intérêts moratoires ne commençaient à courir que du jour de la demande⁽²⁾. La loi ne se contentait pas d'une simple sommation pour rendre le débiteur comptable des intérêts moratoires.

Le créancier assurait la mise en demeure en lançant son assignation, et pour faire courir les intérêts il n'était pas tenu de justifier que le retard du débiteur lui avait causé préjudice. Une dérogation abso-

(1) LAROMBIÈRE. : Théorie et Pratique des Obligations.

(2) LAROMBIÈRE : tome 2, article 1153, N° 20. DEMOLOMBE, tome 24, N° 625 ; DEMANTE et CORMET DE SANTERRE, 2^e édition, T. 5, N° 70 bis ; LAURENT, tome 16, N° 319 ; HUC, T. 7, N° 156 ; BAUDRY LA CANTINIERIE et BARDE, tome 1, N° 503 ; MOREL, page 62, N° 43.

lue était ainsi apportée aux principes du droit commun⁽³⁾.

Avant la loi du 7 avril 1900, un commandement signifié en vertu d'un titre exécutoire était insuffisant pour faire courir les intérêts. De même, la condamnation aux dépens ne portait pas intérêt à partir de la mise en demeure par commandement⁽⁴⁾ et aussi une simple lettre antérieure à la demande par laquelle le créancier aurait réclamé son paiement ne mettait pas le débiteur en demeure⁽⁵⁾. Seule la demande en justice pouvait faire courir les intérêts. Cette demande n'était assujettie à aucune forme particulière, elle s'entendait soit d'une demande dans la forme des ajournements, soit de la demande soumise au Tribunal par voie de conclusions⁽⁶⁾.

Toutefois, une citation en conciliation, si elle était suivie, dans le mois, d'une assignation, faisait courir les intérêts moratoires.

Une question se posait alors : la demande en justice introduite devant un Tribunal incompétent faisait-elle courir les intérêts moratoires ?

Selon un premier système, la demande portée devant un Tribunal incompétent faisait courir les intérêts de même qu'elle interrompait la prescription. Selon un système différent, une demande formée devant un Tribunal incompétent était nulle. Si elle pouvait interrompre la prescription elle ne pouvait pas, du moins, assurer le cours des intérêts parce que ceux-ci ne peuvent courir qu'à compter de la mise en demeure opérée par une demande régulière⁽⁷⁾.

(3) POTHIER : « Obligations », N° 170.

(4) BIOCHE : Dictionnaire de Procédure Civile. V. « Intérêt judiciaire », N° 10.

(5) Cass. Civ., 13-1-1852, D. P. 1852, 1-54.

(6) Toulouse, 1-2-1877, D. P. 1878, 2-166.

(7) CHAUVÉAU sur CARRÉ : Lois de la Procédure, T. 1, 277 ; Cass. Civ., 25-5-1887, D. P. 1888, 5-286 ; Seine, 2-12-1893, D. P. 1894, 2-465.

Mais si la demande avait été formée régulièrement, les intérêts couraient jusqu'à ce qu'il eut définitivement statué sur cette demande ou jusqu'à la péremption de l'instance. En effet, si longue qu'eût été la procédure, le débiteur ne pouvait pas opposer au créancier la prescription de cinq ans édictée par l'article 2277 du Code civil. Si, d'après l'article 345 du Code de Procédure civile, le défendeur n'ayant pas constitué avoué avant le décès du demandeur doit être réassigné à un délai de huitaine pour voir adjuger les conclusions, dans ce cas on décide que la première assignation conserve son effet d'interpellation judiciaire, et, par conséquent, fait courir les intérêts du jour où elle a été donnée⁽⁸⁾.

Et c'est celui qui a introduit la demande au profit duquel les intérêts vont commencer à courir.

Mais, les intérêts doivent-ils être demandés pour courir ?

a) Pour certains auteurs tels que Demolombe et Planiol⁽⁹⁾, les intérêts n'ont pas besoin d'être demandés parce qu'ils courent de plein droit du jour de l'exploit d'ajournement⁽¹⁰⁾ ;

b) Pour d'autres auteurs, tels que Merlin, Glasson, Aubry et Rau et Huc, les intérêts doivent être demandés parce que le juge statuerait *ultra petita* s'il les octroyait malgré le silence du demandeur à leur sujet⁽¹¹⁾.

La première opinion a prévalu et se trouvera renforcée, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, par la nouvelle disposition de l'article 1153 du Code civil. En effet, il n'est pas besoin de con-

(8) Code de Procédure Civile annoté, art. 345, N° 32.

(9) Dans le même sens, CHAUVEAU SUR CARRÉ, LAURENT, BARDE.

(10) Amiens, 11-7-1893, D. P. 1894, 2-449. Douai, 14-12-1899, D. P. 1901, 2-96

(11) Cass. Civ., 24-2-1891, S. 1891, 1-120. Cass. Civ., 9-7-1901, D. P. 1902, 1-35.

clusions spéciales pour faire courir les intérêts, puisqu'ils peuvent être dus dès avant la demande principale du jour de la sommation de payer. La loi n'exigeait qu'une demande pour faire courir les intérêts. Elle n'ordonnait pas, et ne le prescrit d'ailleurs pas actuellement, que cette demande fût suivie de condamnation. Mais, pour que les intérêts soient acquis au créancier, il faut que ces intérêts lui aient été adjugés. Il en résulte que si les intérêts ne sont pas un des chefs de la condamnation, le créancier n'y a pas droit, bien qu'il y ait formellement conclu. Et si le créancier n'a obtenu condamnation que pour le principal, il est encore fondé à réclamer par une nouvelle instance les intérêts à partir du jour où la demande du principal a été formée⁽¹²⁾. Si le jugement est muet sur les intérêts, ceux-ci ne pourront être dus que du jour de la sommation de payer. Si un jugement prononce condamnation au paiement d'un capital avec les intérêts jusqu'au jour dudit jugement, les intérêts de ce capital continuent de courir, en vertu de la condamnation même après le jugement jusqu'au jour du paiement effectif⁽¹³⁾. De même, celui qui a été condamné en justice à payer une somme dans un certain temps avec les intérêts doit ces intérêts non seulement jusqu'à l'échéance du délai, mais encore jusqu'au jour du paiement sans qu'il soit nécessaire de former une demande nouvelle ni d'obtenir une nouvelle condamnation.

2° La loi du 7 avril 1900 a attribué à la sommation de payer le même effet qu'à la demande en justice. Désormais, la sommation de payer fait courir les intérêts. Un commandement suffira pour ce faire, mais toutefois, il serait faux de croire que la de-

(12) Cass. Civ., 28-4-1891, D. P. 1891, 1-357.

(13) Nîmes, 30-6-1890, D. P. 1891, 2-35.

mande en justice a perdu l'effet qu'elle emportait sous l'ancienne législation : la sommation et la demande sont simplement placées sur un même plan par le nouvel article 1153 du Code civil quant au cours des intérêts moratoires.

Et le principe suivant lequel les intérêts moratoires commencent à courir à compter de la sommation de payer s'applique dans tous les cas où il n'y est dérogé ni par un texte, ni par une convention formelle, de même qu'il en était avant la loi du 7 avril 1900 lorsque seule la demande en justice faisait courir les intérêts. Le nouveau texte de l'article 1153 s'applique aussi bien aux matières commerciales qu'aux matières civiles, et cette nouvelle règle a son application également de nos jours en matière administrative. Mais, comme nous l'avons souligné plus haut, les parties qui pouvaient avant la loi du 7 avril 1900 convenir que les intérêts moratoires seraient dus en cas de retard, à partir d'une simple sommation, peuvent, depuis la nouvelle disposition du 7 avril 1900, convenir que ces intérêts moratoires seront dus par la seule échéance du terme.

La demande en justice, en opérant la mise en demeure, et en faisant courir les intérêts, va modifier complètement la situation du possesseur de bonne foi. Elle le rendra comptable des fruits qu'il faisait siens jusqu'alors. En effet, l'introduction d'une instance en revendication est sans influence sur les rapports unissant le propriétaire au possesseur de mauvaise foi. Ce dernier, comme il l'était déjà auparavant, est tenu de restituer tous les fruits qu'il a perçus ou négligés de percevoir (articles 549 et 1378 du Code civil). En prenant possession d'un bien appartenant à autrui, il s'est, en effet, obligé envers le véritable propriétaire à réparer tout le dommage pou-

vant résulter de cette possession indue⁽¹⁴⁾. Or, ce dommage consiste principalement dans la perte des fruits et des produits de la chose. Cependant, on ne saurait imposer une semblable obligation au possesseur de bonne foi. Si l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 exigeait pour que le possesseur fût constitué de mauvaise foi une demande libellée, de nos jours la détermination de l'instant où a cessé la bonne foi est une pure question de fait laissée à l'appréciation du juge. Il n'y a pas à s'inquiéter de la nature du fait qui a révélé au possesseur l'insuffisance de son titre. Les vices de ce titre peuvent avoir été portés à sa connaissance par une demande en justice ou par une citation en conciliation suivie dans les délais d'une assignation régulière. Il faut prouver qu'il a eu connaissance du vice de son titre parce que la mauvaise foi ne se présume jamais (art. 2268 du Code civil).

Cette situation privilégiée cessera dès l'assignation. Les fruits seront alors comptés du jour de la demande si le demandeur en revendication voit son droit consacré par les juges. La demande, en effet, est un avertissement suffisant de s'abstenir de faire acte de propriétaire. A partir de ce moment, le possesseur de bonne foi n'est plus autorisé à s'approprier les fruits. Il doit, au contraire, les tenir en réserve pour en opérer la restitution avec la chose au demandeur, si celui-ci gagne son procès. Cependant, il serait inexact de croire que l'exploit d'ajournement constitue le possesseur de mauvaise foi. La loi n'a institué, en effet, aucun cas de présomption de mauvaise foi. Or, toute présomption doit être établie par un texte formel⁽¹⁵⁾.

(14) Cass. Civ., 9-2-1864, S. 1864, 1-139.

(15) Article 550 du Code Civil, Dalloz annoté.

SECTION II

LA DEMANDE EN JUSTICE INTERROMPT LA PRESCRIPTION

L'assignation aux termes de l'article 2244 du Code civil interrompt la prescription :

« Elle l'interrompt pour la première fois si elle n'a été précédée d'aucun commandement, ni d'une citation en conciliation. Dans le cas contraire, la demande en justice interrompt de nouveau la prescription qui avait recommencé à courir ; cela est important à constater, d'autant plus que l'interruption résultant de la citation en conciliation n'a que des effets limités (art. 2245 du Code civil et 57 du Code de Procédure civile). L'effet interruptif de la demande dure aussi longtemps que l'instance elle-même, exception faite, cependant, de l'hypothèse prévue par l'article 189 du Code de Commerce ⁽¹⁶⁾ ».

Certaines conditions, toutefois, sont indispensables pour que la demande interrompe la prescription. Il est nécessaire que l'assignation soit régulière et valable. Si l'exploit d'ajournement est entaché de nullité pour défaut de capacité de la personne qui agit, la prescription serait encore interrompue, mais si l'assignation était nulle pour vices de forme, dans ce cas la demande n'emporterait aucun effet sur la prescription. Si le demandeur se désiste de sa demande, la prescription continue à courir (articles 402 et 403 du Code de Procédure civile). De même, si le demandeur laisse périmer son instance, la prescription ne subira aucune interruption. Si la demande est rejetée, la prescription court tou-

(16) AUBRY et RAU, tome 2, § 215, page 526.

jours⁽¹⁷⁾. Mais si la demande est introduite devant un Tribunal qui n'est pas compétent pour statuer sur l'instance dont il est saisi, alors que cette demande ne saurait faire courir les intérêts⁽¹⁸⁾, elle interrompra, au contraire, la prescription.

La prescription est interrompue par la demande en justice pendant tout le temps de l'instance. Si la demande est rejetée, elle continue à courir comme nous l'avons dit, et si c'est le juge qui se déclare incompétent la nouvelle prescription qui commencera à courir sera-t-elle de dix et vingt ans ou trentenaire ? Elle pourra être de dix ou vingt ans, car on n'est pas obligé de voir la mauvaise foi du possesseur⁽¹⁹⁾.

L'ajournement n'interrompt la prescription qu'à l'égard de la créance ou de la chose qui fait l'objet de la demande. Ainsi, si Pierre est créancier sur Paul de 5 dettes et s'il n'ouvre une instance que pour assurer le recouvrement de l'une seule de ces dettes, la prescription continue à courir pour les quatre autres dettes. Cependant, une demande en justice, tendant au paiement des intérêts interrompt la prescription même pour le capital⁽²⁰⁾. L'interruption ne profite qu'à celui dont elle émane et ne peut nuire qu'à la partie contre laquelle elle est dirigée. Selon Pothier : « La demande d'un co-héritier n'interrompt la prescription qu'à son égard et réciproquement ».

(17) BAUDRY LACANTINERIE : Précis 3, N° 1642.

(18) Cass. Civ., 9-5-1928, S. 1928, 1-243.

(19) BAUDRY LACANTINERIE : Précis 3, N° 1650. Rouen, 11-8-1890, S. 1891, 2-50. Dijon, 3-3-1892, D. P. 1893, 2-525.

(20) Douai, 13-1-1865, S. 1866, 2-61.

SECTION III

LA DEMANDE EN JUSTICE REND TRANSMISSIBLES CERTAINES ACTIONS PERSONNELLES

La demande en justice emporte encore l'effet de rendre transmissibles certaines actions personnelles.

Faut-il, en premier lieu, en conclure que toutes les actions à caractère personnel deviennent transmissibles ou, au contraire, l'effet de la demande que nous nous proposons d'étudier concerne-t-il seulement certaines actions personnelles ? Cette question est posée, par M. le Professeur MOREL⁽²¹⁾, au sujet de quelques actions à caractère exclusivement personnel telles que les actions fondées sur un droit de famille ou celles reposant sur un intérêt moral, par exemple l'action en dommages-intérêts pour cause d'injures ou de diffamation. « Une distinction est à faire », écrit M. le Professeur Morel : « Il est, en effet, des actions dont le caractère est si exclusivement personnel que, même exercées par le bénéficiaire de l'action avant son décès, elles ne peuvent être continuées par ses héritiers. La demande en justice n'a pas pour effet de les rendre transmissibles : tel est le cas de l'action en divorce ou en séparation de corps. Il en est de même pour l'action en recherche de paternité naturelle qui s'éteint avec la mort de l'enfant⁽²²⁾ ».

Nous nous rallions volontiers à cette théorie parce qu'il ne faut point généraliser cette transmissibilité des actions personnelles découlant de l'introduction de la demande par le bénéficiaire de l'action. Cet effet ne s'applique qu'à certaines actions à caractère personnel, qui, normalement, s'éteignent par le décès

(21) MOREL, déjà cité, P. 63, N° 44.

(22) Paris, 28-3-1927, S. 1929, 2-30.

du bénéficiaire, avant l'introduction de la demande. Dans l'article 330 du Code civil, le législateur a précisé que : « Les héritiers peuvent suivre sur l'action en réclamation d'état lorsqu'elle a été commencée par l'enfant à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure ».

En effet, le désistement ou la péremption de l'instance qui laisseraient subsister l'action elle-même au profit de l'enfant devraient être considérés comme ayant, au contraire, éteint cette action à l'égard des héritiers. Et de même la transaction, la renonciation, l'acquiescement de l'enfant qui ne priveraient pas celui-ci du droit de réclamer son état en lui-même mais lui enlèveraient seulement la faculté de revendiquer les avantages pécuniaires attachés à cet état devraient être réputés avoir éteint l'action d'une manière absolue pour les héritiers, auxquels, dès lors, elle ne serait pas transmise ⁽²³⁾.

De son côté, l'article 957 du Code civil stipule que : « La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit ». Mais une autre question va se poser : est-ce bien la demande en justice qui va rendre transmissibles les actions personnelles dont nous venons de donner deux exemples ?

(23) D. P., 1869, 2-185. Note 4. DEMOLOMBE, tome 5, N° 289.

AUBRY et RAU, tome 6, § 544 bis, note 9, p. 19.

LAURENT, tome 3, N° 466.

Selon M. Glasson, ce serait la mise en état qui produirait cet effet. Pour notre part, nous ne pensons pas qu'il faille attribuer une semblable importance à la mise en état pour les raisons que nous avons indiquées précédemment.

Pour M. Garsonnet, au contraire⁽²⁴⁾, c'est l'assignation qui emporte la transmissibilité des actions personnelles par application de l'ancien adage : « *Actiones quae morte aut tempore pereunt iudicio semel inclusae salvae permanent* », règle qui, en droit romain, était attachée à l'effet novatoire de la *litis contestatio*.

(24) Pour MM. VALLABRÈGUE et MARCADÉ, les actions personnelles verraient leur transmissibilité discutée, M. le Professeur MOREL, au contraire, se rallie à la thèse de M. GARSONNET.

CONCLUSION

Si cette étude avait permis d'ajouter quelque précision à la nature et aux effets de la demande en justice, spécialement de faire ressortir le caractère « individualiste » de l'instance, nous aurions atteint le but qu'en l'entreprenant nous nous étions proposé.

La « demande en justice », comme nous avons cherché à l'expliquer et à en justifier, est la propriété de la partie qui la formule parce qu'elle est l'exercice d'un droit propre à celle-ci, et, de même qu'on ne saurait dépouiller les citoyens de leurs droits, de même on ne saurait les priver de l'instance qui vise à en assurer la conservation ou à en recouvrer la jouissance. Le demandeur en justice est maître de son procès comme le juge est maître de sa décision ; toutefois le droit de propriété de la partie sur son instance et le droit du tribunal sur sa sentence ne procèdent pas d'une même essence. Leur étendue est différente.

Pour ouvrir son instance, le requérant use d'un droit inné. En prononçant son jugement, le magistrat exerce la fonction juridictionnelle qu'il tient de l'état. Il use d'un droit délégué. Le demandeur introduit son procès à son gré. Les formes et les termes sont choisis par lui seul parce que la cause et l'objet de sa demande sont la cause et l'objet de son droit qu'il déduit en justice. Le Tribunal, au contraire, ne peut statuer d'office. Il doit être provoqué par l'instance dont la partie le saisit et qui le met en demeure de la solutionner en disant le « droit ».

La partie qui procède en justice crée l'instance, le juge la subit puisqu'elle lui trace impérieusement les limites de son activité ; ses pouvoirs seront épuisés quand il aura prononcé sa décision : « Toute modification apportée ultérieurement au jugement est contraire au principe de la chose jugée, sauf le droit qui est réservé au juge soit d'interpréter une disposition obscure ou ambiguë, soit de rectifier une erreur matérielle à l'aide d'éléments fournis par la décision elle-même, mais non pas d'étendre par voie de rectification ou d'interprétation un dispositif clair et précis en lui attribuant un sens autre que celui qu'il comporte naturellement » (1).

Tandis que le demandeur, en effet, est libre de diligenter son instance à son gré, de la compléter à condition d'en respecter la cause et l'objet originaires, de renoncer même à une prétention dont il se prévalait dans son exploit introductif d'instance, le juge, quant à lui, est dessaisi de l'instance par le prononcé de sa sentence « *lata sententia desinit esse judex* » ; sous prétexte d'interprétation il ne peut plus restreindre, étendre ou modifier les droits consacrés par la sentence (2).

(1) Cass. Civ., 5-11-1936. (D. H. 1936, N° 38, p. 585).

(2) Cass. Req., 25-10-1927, D. H. 1927, 509.

Cass. Crim., 24-3-1928, D. H. 1928, 321.

Cass. Civ., 2-12-1929, D. H. 1930, 66.

Rouen, 26-10-1931, D. P. 1932, 2-65.

Jur. Gén. DALLOZ : v. Jugements, N° 344.

V. Chose Jugée, N° 358.

Rép. Prat. DALLOZ, v. Jugements et Arrêts, N°s 614 et suivants.

Nouveau Code de Procédure Civile annoté, tome I, appendice au titre 7, p. 592, N°s 89 et suivants.

BIOCHÉ : Dict. Procédure, v. Jugements, N°s 494 et suivants.

RODIÈRE : Cours de Compétence et de Procédure, T. I, p. 258.

LAROMBIÈRE : Théorie et Pratique des Obligations, T. 7, art. 1351, N° 161.

LAURENT : Principes du Droit Français, T. 20, N° 148.

GRIOLET : De l'Autorité de la Chose Jugée, p. 171 et suiv.

GARSONNET et CÉSAR-BRU : Traité Théorique et Pratique de Procédure, 3^e édit., T. 3, N° 702.

GLASSON, TISSIER et MOREL : Traité de Procédure Civile, 3^e édit., tome 3, N° 767.

Cependant le caractère « individualiste » de l'instance ne nous paraît pas intangible. Nous redoutons que les règles de la Procédure administrative et de la Procédure criminelle ne se substituent aux principes fondamentaux sur lesquels est basée « la demande en justice » tant en vertu de la déclaration de 1789 que des prescriptions du Code.

L'étatisation se fait jour dans la procédure civile française ; le décret-loi du 30 octobre 1935, en cette matière, en fut, ce nous semble, un premier pas. La menace de fonctionnarisation des officiers ministériels, et principalement des avoués qui guident et conseillent les parties pendant le cours de leur instance, en se réalisant, en deviendrait le terme.

Verrons-nous, alors, la procédure civile en vigueur devant les tribunaux français du Maroc supplanter la procédure de la Métropole ? Nul doute, quant à nous, que naisse alors un conflit permanent entre les parties revendiquant la propriété de leur instance, parce que maîtresse des droits dont elle est l'exercice, et l'Etat voulant s'en arroger la direction et en confiant la diligence soit aux juges, ses délégués, soit aux officiers ministériels devenus ses fonctionnaires.

Vu :

LE DOYEN,
H. NÉZARD.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
A. PRUDHOMME.

Vu et permis d'imprimer :

Caen, le 19 Janvier 1937.

LE RECTEUR.
DELTHEIL.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

CASS. CIV.	Cour de Cassation, Chambre Civile.
CASS. CRIM. . . .	Cour de Cassation, Chambre Criminelle.
CASS. REQ. . . .	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes.
D. H.	Dalloz, <i>Recueil hebdomadaire de Jurisprudence.</i>
D. P.	Dalloz, <i>Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.</i>
JUR. GEN.	Dalloz, <i>Jurisprudence Générale.</i>
JUR. GEN. SUP. .	Supplément au <i>Répertoire méthodique et alphabétique Dalloz.</i>
GAZ. PAL.	<i>Gazette du Palais.</i>
GAZ. TRIB.	<i>Gazette des Tribunaux.</i>
PAND. FR.	<i>Pandectes françaises.</i>
R. P. D.	<i>Répertoire Pratique Dalloz.</i>
REV. CRIT.	<i>Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.</i>
REV. PROC.	<i>Revue de Procédure civile.</i>
REV. TRIM.	<i>Revue Trimestrielle de Droit civil.</i>
S.	Sirey, <i>Recueil général des lois et arrêts.</i>
SIR. CHR.	Sirey Chronologique.
TR. CIV.	Tribunal Civil.
TR. CORR.	Tribunal Correctionnel.
TR. COMM.	Tribunal de Commerce.

OBSERVATIONS SUR LE MODE DE CITATION

Pour les références de doctrine, les ouvrages les plus souvent cités le sont par le seul nom de l'auteur.

Pour les références de jurisprudence, les décisions, étant donné leur grand nombre, sont citées dans l'ordre chronologique, qui permet ainsi d'apercevoir l'évolution ou, au contraire, la stabilité des solutions.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITES GENERAUX

- ACCARIAS. — Précis de droit romain. Paris, 1886-1891, tome 2.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharias, 4^e édition Paris, tomes : 1, 3, 4, 8, 5^e édition, Revue par G. Rau et Ch. Faleimaigue, tome 2.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 8^e édition, tomes 2 et 3.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Traité théorique et pratique du droit civil « des obligations », tomes 1 et 2. Paris, 1897-1902.
- BERRIAT SAINT-PRIX. — Cours de procédure civile, 7^e édition. Paris, 1885, tome 1.
- BIOCHE. — Dictionnaire de procédure.
- BOITARD COLMET DAAGE et GLASSON. — Leçons de procédure civile, 14^e édition. Paris, 1885, tomes 1 et 2.
- BONCENNE. — Théorie de la procédure civile. Paris, tomes 2 et 3.
- BONFILS. — Traité élémentaire judiciaire de compétence et de procédure en matière civile et commerciale.
- BONNIER. — Eléments de procédure, 1 volume. Paris, 1853.
- CARRÉ et CHAUVEAU. — Lois de la Procédure civile et administrative, 4^e édition, tomes 1 et 2.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français.
- COLLINET et GIFFARD. — Précis de droit romain, tome 1, 3^e édition, 1930; tome 2, 2^e édition, 1929.

- COMMAILLE. — Traité de procédure civile.
CUQ. — Manuel des institutions juridiques des Romains,
2^e édition, 1928. Paris, tome 2.
DECLAREUIL. — Rome et l'organisation du droit, 1924.
DEMANGEOT. — Cours élémentaire de droit romain, 3^e
édition. Paris, 1876, tome 2.
DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique
de Code civil. Paris, tomes 2 et 5.
DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon. Paris, 1869
et 1882, tomes 24 et 26.
DUCHESNE. — Traité et questions de Procédure civile.
DUTRUC. — Lois de la Procédure.
GARSONNET. — Traité théorique et pratique de Procé-
dure. Paris, 2^e édition, tomes 2 et 6.
— Précis de procédure civile, 2^e édition. Paris,
1901.
GIFFARD. — Précis de droit romain, tome 1, 1933 ;
tome 2, 1934.
GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 8^e édi-
tion, revue par F. Senn. Paris, 1929.
— Histoire du droit romain. Paris, 1841, 1^{er} vo-
lume.
GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la
France. Paris, 1887, tomes 1 et 6.
HUVELIN. — Cours élémentaire de droit romain, tome 1.
Paris, 1927.
IHÉRING. — Esprit du droit romain, tome 1 (traduction
Meulenaere).
JAPIOT. — Traité élémentaire de Procédure civile (1916).
JOBÉ-DUVAL. — Etude sur l'histoire de la Procédure
civile chez les Romains, tome 1. Paris, 1896.
JOSSELAND. — Cours de droit civil positif français.
KELLER. — De la procédure civile et des actions chez
les Romains, traduction Ch. Capmas. Paris, 1870.
LAROMBIÈRE. — Traité théorique et pratique des obli-
gations. Paris, 1885, tomes 1 et 2.
LAURENT. — Principes de droit civil. Bruxelles et Paris,
1869-1878, tomes 4, 6 et 26.
MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code
Napoléon, 6^e édition, tome 1. Paris, 1868.

- MAZEAUD (H. et L.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 2 volumes. Paris, 1931.
- MONIER. — Manuel élémentaire de droit romain, tome 1, 1935.
- MOREL. — Traité élémentaire de Procédure civile, 1932.
- PIGEON. — La Procédure civile des Tribunaux de France.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, tome 1. Paris, 1931.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, tome 6 : « Obligations », avec le concours de M. P. Esmein. Paris, 1930.
- Tome 11 : « Contrats civils », avec la collaboration de MM. Rouast, R. Savatier et J. Lepargneur.
- PONCET. — Traité des jugements, 2 volumes.
- POTHIER. — « Obligations ».
- RAUTER. — Cours de procédure civile française. Paris et Strasbourg, 1834, 1 volume.
- RODIÈRE. — Cours de compétence et procédure en matière civile.
- ROUSSEAU et LAISNEY. — Dictionnaire de Procédure civile.
- DE SAVIGNY. — Histoire du droit romain au Moyen Age. Traduction Guenau, 1839, tomes 1 et 2.
- Traité du droit romain. Traduction Guénaux, 8 volumes, 1890, tome 6.
- THOMINE-DESMAZURES. — Traité de Procédure civile.
- TOULLIER. — Droit civil français.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

Notes de jurisprudence

- APPLETON (Jean). — De la nature et des effets du jugement d'expédient.
- AUBERT. — Le Parlement de Paris.
- BAZOT. — Ordonnances sur requête et sur référé, 1876.

- BERTIN. — Chambre du Conseil en matière civile et disciplinaire, 1894, 2 volumes.
- BESSON. — Note D. P., 1928, 1, 121. Sous Cass. Req., 23-11-1927.
- Note D. P., 1928, 2, 13. Sous Dijon, 20-7-1927.
- Note D. P., 1930, 2, 115. Sous Paris, 14-3-1930.
- BOUTEILLER. — Somme rurale, édition Charondas le Caron. Paris, 1611.
- BRÉAN. — Des contrats judiciaires, étude de jurisprudence. Thèse Toulouse, 1911.
- BROCHON. — La notion de cause dans les actions en responsabilité civile. Thèse Lille, 1933.
- BUISSON. — L'automobile et la Jurisprudence (Article *Revue des Deux Mondes*, n° 15, 9, 35).
- CASENAVE. — Les Tribunaux civils de Paris pendant la Révolution.
- CHIOVENDA. — Principi.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 5.
- GENTIL. — La Procédure civile au Maroc. Thèse, 1916.
- GRIOLET. — De l'autorité de la chose jugée, 1 volume, 1868.
- HÉBRAUD. — Voir *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* (novembre-décembre 1934).
- Le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la Procédure civile.
- JOSSERAND. — Note D. P., 1928, 1, 128, sous Cass. Civ., 24-5-1927. Note D. H., 1930, page 6, sous Cass. Civ. (Chambres réunies), 13-2-1930.
- LE FLECH. — Le juge des référés.
- MARIN. — Traité sur la propriété commerciale, 2^e édition.
- MARTEAU. — La notion de causalité dans la responsabilité civile. Thèse Aix, 1914.
- MAUPOINT. — Le contrat judiciaire. Thèse Paris, 1911.
- ORDONNANCE DE VILLERS-COTTERETS (1539).
- ORDONNANCE DE ROUSSILLON (1563).
- ORDONNANCE DE LOUIS XIV (1667).
- RIPERT. — Note D. P., 1928, 1, 153. Sous Cass. Req., 9-6-1928.

- ROUYER. — Des contrats judiciaires. Thèse Paris, 1902.
- SAVATIER. — La recherche de paternité. Note D. P., 1923, 1, 5, sous Crim. Rej., 13-1-1922. Note D. P., 1928, 1, 17, sous Cass. Civ., 19-1-1927. Note D. P., 1930, 1, 137, sous Cass. Req., 1-5-1930.
- SIBILLE. — Les effets de la demande en justice. Thèse Bordeaux, 1905.
- TARDIF. — Des effets de la *litis contestatio* et de la demande en justice en droit français. Thèse Paris, 1880.
- TISSIER. — Du rôle social de la Procédure civile dans les méthodes juridiques (1911).
- VALABRÈGUE. — De la maxime « *omnes actiones quae morte ant tempore pereunt semel inclusae iudicio salvae permanent* ». *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1879, page 519 et suivantes.
- VIOLLET. — Etablissements de Saint-Louis, tome 1, 1881.
- VRAULAER. — Le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la Procédure civile.
- WLASSAK. — « *Litis contestatio in formular process* », 1889.

III. — RECUEILS DE DOCTRINE ET JURISPRUDENCE. — REVUES

- L'ACTIVITÉ JURIDIQUE. — *Revue de Doctrine et de Jurisprudence*.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique de doctrine et jurisprudence ; Recueil hebdomadaire de jurisprudence ; Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine ; Jurisprudence générale : supplément à Jurisprudence générale ; Codes annotés.*
- FUZIER, HERMAN et CARPENTIER. — *Répertoire général et alphabétique de droit français.*
- GAZETTE DU PALAIS.
- GAZETTE DES TRIBUNAUX.

GRANDIN. — *Bibliographie générale des sciences juridiques.*

MERLIN. — *Recueil alphabétique des questions de droit; Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* Paris, 1827-1828.

MONITEUR DES JUSTICES DE PAIX.

RECUEIL CHRONOLOGIQUE *des ordonnances, édits et arrêts de règlement de Paris (1757).*

RECUEIL DES ASSURANCES.

REVUE CRITIQUE *de Législation et de Jurisprudence.*

SIREY. — *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION. — Plan du sujet	1
PARTIE PRÉLIMINAIRE. — APERÇU HISTORIQUE SUR LA DEMANDE EN JUSTICE	7
1° Droit Romain	9
<i>Titre premier.</i> — La confusion du droit et de l'ac- tion revêt la demande en justice d'un caractère impersonnel et relatif	10
<i>Titre deuxième.</i> — La demande en justice n'ou- vre pas l'instance ; l'instance naît d'un contrat emportant novation (« litis contestatio »).....	15
<i>Titre troisième.</i> — La saisine de la juridiction est l'œuvre de la « litis contestatio »	19
2° Ancien Droit Français	23
Du Moyen-Age au XV ^e siècle : La demande en jus- tice n'ouvre pas l'instance et ne saisit point la juridiction. Ces effets sont l'œuvre de l'entame- ment de Plet	24
XV ^e siècle : Dans la procédure canonique la de- mande en justice fixe l'objet du litige, mais l'ins- tance ne prendra toujours naissance qu'avec la « litis contestation » qui crée la saisine de la juridiction	28
Du XVI ^e siècle à 1789 : L'ouverture de l'instance et la saisine de la juridiction sont l'œuvre de l'exploit d'ajournement	31
PREMIÈRE PARTIE. — LA NATURE DE LA DEMANDE EN JUSTICE	33
<i>Titre premier.</i> — La demande en justice est l'exer- cice d'un droit	35

§ 1. — Du caractère litigieux du droit exercé par la demande en justice	40
§ 2. — De la distinction de la demande en justice et de l'action	42
<i>Titre second.</i> — Les éléments du droit exercé en justice	47
1° Les éléments subjectifs	48
a) Les parties	48
b) Les tiers	53
2° Les éléments objectifs	55
a) La cause	56
b) L'objet	55
c) Les moyens	67
<i>Titre troisième.</i> — La demande en justice est une instance	71
1° Former une demande, c'est ouvrir une instance.	71
2° Cas particuliers	74
a) La demande en référé est-elle une instance?	74
b) La saisie immobilière est-elle une instance ?	77
<i>Titre quatrième.</i> — Les caractères de l'instance	79
1° L'instance est-elle un contrat judiciaire?.....	79
2° L'instance est-elle un quasi-contrat judiciaire?	83
3° L'instance est un acte unilatéral	85
DEUXIÈME PARTIE. — LES EFFETS DE LA DEMANDE EN JUSTICE. « LA SAISINE DE LA JURIDICTION »	87
<i>Titre premier.</i> — La saisine de la juridiction n'est pas l'œuvre du juge	93
Le décret-loi sur la procédure civile du 30 octobre 1935	100
<i>Titre second.</i> — La saisine de la juridiction est l'œuvre des parties	105
Section 1. — La demande en justice appartient aux parties	106
§ 1. — Quel est l'acte constitutif de la demande?	106

§ 2. — L'exploit d'ajournement, acte introductif d'instance et constitutif de la demande en justice, est le propre des parties qui doivent y énoncer l'objet de leur demande et l'exposé sommaire de leurs moyens	113
Section 2. — C'est la demande en justice qui saisit le juge	119
§ 1. — Le juge est saisi par l'assignation	119
§ 2. — Les conclusions ne saisissent pas la juridiction	121
Cas particuliers : La demande reconventionnelle.	124
<i>Titre troisième. — Les effets de la saisine de la juridiction</i>	<i>129</i>
Section 1. — Les effets de la saisine à l'égard du juge	129
§ 1. — La demande en justice en déférant au Tribunal la connaissance du litige fixe la compétence	129
§ 2. — Le juge doit statuer sous peine de déni de justice sur tous les chefs de la demande.	135
§ 3. — Le juge ne peut pas modifier la demande dont la connaissance lui est dévolue par la saisine de la juridiction. La demande en justice n'appartient pas au juge, elle est l'œuvre des parties	143
a) Le juge ne saurait modifier la cause ou l'objet du droit déduit en justice	143
1° Doctrine	143
2° Jurisprudence	145
b) Les juges peuvent-ils employer d'autres moyens que ceux dont se prévalent les parties ?	149
c) Les juges peuvent-ils statuer d'office?	152
1° Principe.	152
2° Exceptions.	154
Section 2. — Les effets de la saisine à l'égard des parties	156
§ 1. — Les effets de la saisine quant aux éléments objectifs du droit litigieux	158
1° L'objet de la demande	158
2° La cause de la demande	163
3° Les moyens de la demande	168

§ 2. — Quant aux éléments subjectifs du droit exercé en justice	172
§ 3. — La demande nouvelle en appel	174
A. — Principe : Les demandes nouvelles en appel sont prohibées	174
B. — L'article 464 du C. P. C. n'est point d'ordre public	183
C. — Dans quels cas n'y a-t-il point demande nouvelle ?	185
1° Demandes sur lesquelles les premiers juges ont omis de statuer	185
2° Demandes constituant une défense à l'action principale	186
3° Les demandes qui, en appel, ne sont qu'une restriction ou qu'une rectification de la demande formée en première instance sont permises	191
4° Sont permises, en appel, les demandes virtuellement comprises dans la demande originaire ou qui n'en sont que le développement	193
5° Sont permises en appel les demandes qui ne sont que l'accessoire de la demande originaire	199
6° Distinction entre la demande nouvelle et le moyen nouveau permis en appel	201
§ 4. — Les modifications apportées par le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la procédure civile	208
TROISIÈME PARTIE. — LES EFFETS SECONDAIRES DE LA DEMANDE EN JUSTICE	
Section 1. — La demande en justice opère la mise en demeure et fait courir les intérêts	213
Section 2. — La demande en justice interrompt la prescription	220
Section 3. — La demande en justice rend transmissibles certaines actions personnelles	222
CONCLUSION	225
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	229
BIBLIOGRAPHIE	231

